

Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution

Haritini Matsopoulou, Professeur de droit privé à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud 11, Directrice de l'Institut d'études judiciaires

La décision n° 2011-191/194/195/196/197 du 18 novembre 2011, par laquelle le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité des dispositions issues de la loi du 14 avril 2011<sup>(1)</sup> relative à la garde à vue aux droits et libertés que la Constitution garantit, était très attendue.

On rappellera, à cet égard, que le législateur français a été amené à revoir entièrement le dispositif applicable à la garde à vue, suite aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(2)</sup> ayant posé les grands principes quant aux droits dont devrait bénéficier la personne faisant l'objet d'une telle mesure, à la censure du régime de droit commun de la garde à vue par le juge constitutionnel<sup>(3)</sup> et à la position de la Cour de cassation ayant déclaré notre droit interne non conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>(4)</sup>. Il est vrai que le législateur a réagi avec beaucoup de retard aux critiques européennes et surtout de manière inefficace. La loi du 14 avril 2011 a fait l'objet de vives critiques, notamment de la part des avocats<sup>(5)</sup>, puisqu'elle assure, de façon insatisfaisante, la protection des droits de la défense, en minimisant considérablement le rôle de l'avocat lors du déroulement de la garde à vue. Loin de se conformer aux exigences posées par les juges de Strasbourg, les rédacteurs de ce texte ont apporté des restrictions et des dérogations importantes à l'exercice d'un droit essentiel, celui d'être assisté par un avocat.

Il est vrai que le nouveau dispositif n'a pas été soumis au contrôle préalable du Conseil constitutionnel, mais on se doutait que des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) seraient soulevées tendant à contester le « régime de l'assistance effective de la personne gardée à vue par un avocat ».

C'est ainsi qu'une première QPC, mettant en cause la constitutionnalité des articles 62 et 63-4-1 à 63-4-5 du code de procédure pénale qui définissent l'étendue et les modalités de l'assistance par un avocat des personnes gardées à vue, avait été invoquée devant le Conseil d'Etat, à l'appui d'une requête tendant à l'annulation de la circulaire du 23 mai 2011, relative à l'application des nouvelles dispositions sur la garde à vue. Après avoir considéré que cette question présentait « un caractère sérieux », la haute autorité administrative l'a renvoyée, par une décision du 23 août 2011, au Conseil constitutionnel.

De même, d'autres QPC, poursuivant un objectif analogue<sup>(6)</sup>, avaient été soumises à la chambre criminelle de la Cour de cassation qui leur a réservé, par quatre arrêts du 6 septembre 2011, le même sort que le Conseil d'Etat.

En particulier, les requérants soutenaient que les dispositions litigieuses méconnaissaient les droits de la défense, le droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties, le principe de rigueur nécessaire des mesures de contrainte mises en oeuvre au cours de la procédure pénale, ainsi que la compétence de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle.

Néanmoins, les sages de la rue de Montpensier n'ont pas fait droit à ces arguments, puisqu'ils ont déclaré les textes contestés conformes à la Constitution, tout en assortissant d'une

réserve d'interprétation, énoncée au considérant n° 20 de la décision, le second alinéa de l'article 62 du code de procédure pénale.

Il convient, dès lors, d'analyser les réponses données par le Conseil constitutionnel aux différents griefs présentés par les requérants (I), puis d'apprécier les conséquences de la solution adoptée (II).

#### I - La position du Conseil constitutionnel

Les intéressés critiquaient, d'une part, les dispositions de l'article 62 du code de procédure pénale, dans la mesure où elles privent une personne suspectée d'avoir commis une infraction du droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat, lorsqu'elle est auditionnée sans contrainte (il s'agit ici de l'« audition libre »). En d'autres termes, ils reprochaient au législateur de n'avoir pas reconnu un tel droit à la personne ayant le statut de « suspect » dans la procédure (A). D'autre part, les requérants contestaient les dispositions fixant les conditions et les modalités de mise en oeuvre du droit d'être assisté par un avocat lors du déroulement d'une mesure de garde à vue (B). Il faudra donc examiner séparément chacun de ces griefs.

#### A - Les droits restreints reconnus à la personne suspectée

Comme il a été précédemment indiqué, la personne « suspecte » qui, n'ayant pas été placée en garde à vue, est entendue par les fonctionnaires de police sans l'exercice de la moindre contrainte, n'a pas le droit d'être assistée par un avocat. Sur ce point, il est utile de faire observer que le projet de loi relative à la garde à vue prévoyait, dans sa version initiale, l'institution d'une procédure d'« audition libre » permettant aux enquêteurs d'entendre librement, sous réserve de son consentement exprès, une personne suspecte. Selon ce projet, celle-ci pouvait mettre un terme, à tout moment, à son audition, le consentement de l'intéressé devant à nouveau être recueilli à chaque reprise de ladite audition. Cette procédure, ayant pour conséquence de priver l'intéressé d'un ensemble de garanties dont devrait bénéficier la personne gardée à vue (notification de certains droits, notamment celui de se taire, non-assistance par un avocat ...), a été finalement supprimée par l'Assemblée nationale, à l'initiative de sa commission des lois.

Cependant, la loi du 14 avril 2011 a laissé subsister une forme de l'audition libre, dans l'hypothèse visée à l'alinéa 2 de l'article 73 du code de procédure pénale. On rappellera que ce texte n'impose pas à l'officier de police judiciaire de placer en garde à vue une personne appréhendée pour un crime ou un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, dès lors qu'*« elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie »*. Aussi bien, pour prévenir toute contestation sur l'existence d'une contrainte éventuelle, la circulaire d'application du 23 mai 2011 prend-elle soin de préciser les diligences auxquelles doit systématiquement procéder le fonctionnaire de police, au début de l'audition de l'intéressé, dès lors que *« la personne appréhendée a suivi de son plein gré les agents interpellateurs, a fortiori lorsqu'elle est montée dans leur véhicule »*.

Mais, en dehors de cette hypothèse qui est expressément consacrée par la loi, il est permis de penser que l'article 62, alinéa 2, du code de procédure pénale ouvre également la possibilité d'une audition libre d'une personne suspecte, mais non placée en garde à vue. Plus précisément, ce texte prévoit que s'il apparaît, au cours de l'audition d'une personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue.

Or, de cet article, les juges constitutionnels déduisent *a contrario* *« qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue dès lors qu'elle n'est pas maintenue à leur disposition sous la contrainte »* (7). Et, pour les sages de la rue de Montpensier, dans une telle hypothèse, le respect des droits de la défense n'impose nullement l'assistance effective d'un

avocat, car « *la personne soupçonnée ne fait l'objet d'aucune mesure de contrainte et consent à être entendue librement* ».

Mais, malgré cette déclaration, le Conseil constitutionnel est amené à reconnaître le grand vide juridique existant en cas d'audition d'une personne suspecte en dehors du cadre réglementé de la garde à vue. C'est qu'en effet, aucune disposition ne détermine les droits du suspect et ne garantit non plus la « liberté de son consentement ». Ainsi, la haute autorité voit derrière cette inertie législative une atteinte aux droits de la défense, à laquelle elle entend remédier par une réserve d'interprétation tendant à introduire deux garanties au profit du suspect. En particulier, une personne, à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne peut être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée, d'une part, de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et, d'autre part, de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie.

Il faut bien reconnaître que cette réserve d'interprétation ne concerne que le second alinéa de l'article 62 du code de procédure pénale. Néanmoins, s'agissant d'une garantie procédurale protectrice des droits de la défense, on devrait élargir son champ d'application, en faisant bénéficier des mêmes droits la personne « suspectée » dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'autant plus que l'article 78, alinéa 3, du code de procédure pénale comporte une formule identique. Et il devrait en être ainsi en cas d'enquête sur commission rogatoire du juge d'instruction, lorsque le « suspect » ne peut bénéficier du statut de témoin assisté (art. 113-2 c. pr. pén.).

Quoi qu'il en soit, pour éviter que leur décision soit source de nullités de procédure avec un effet rétroactif, les juges constitutionnels ont pris soin de préciser que cette réserve est « *applicable aux auditions réalisées postérieurement à la publication de la présente décision* ». On rappellera que la haute autorité a déjà opté pour une telle solution, dans sa décision relative à l'article 148 du code de procédure pénale, concernant la procédure suivie devant le juge des libertés et de la détention pour l'examen des demandes de mise en liberté<sup>(8)</sup>.

A notre avis, quelle que soit la nature de l'enquête, la personne suspectée d'avoir commis une infraction devrait systématiquement bénéficier du droit d'être assistée par un avocat. Il est regrettable que la loi du 14 avril 2011 ait fait dépendre, dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, la reconnaissance d'un tel droit de la mise en oeuvre d'une mesure de contrainte. On rappellera, à cet égard, que les sages de la rue de Montpensier n'ont imposé le droit à l'assistance effective d'un avocat que lorsqu'une personne est privée de sa liberté. Sans aucun doute, ce faisant, ils ont considérablement limité la portée d'un droit essentiel.

A vrai dire, l'« audition libre », telle qu'elle est autorisée par la loi et avalisée par le Conseil constitutionnel, a pour conséquence de vider de sa substance le dispositif applicable à la garde à vue. La consécration constitutionnelle de l'« audition libre » encouragera encore plus, dans l'avenir, les enquêteurs à y recourir, pour éviter les lourdes formalités qui accompagnent une mesure de garde à vue, et surtout la présence de l'avocat qui pourrait se révéler nuisible.

En tout cas, la pratique de l'« audition libre » se trouve entièrement condamnée par la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011<sup>(9)</sup>, relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation. En particulier, cette proposition tend à faire bénéficier « toute personne soupçonnée », qu'elle soit privée de liberté ou non, de l'assistance d'un avocat.

Notre dispositif actuel devrait donc être revu prochainement, à la lumière des exigences posées par une telle proposition.

Mais, si le second alinéa de l'article 62 du code de procédure pénale est source de difficultés, tel n'est pas, en revanche, le cas du premier alinéa qui n'est applicable qu'aux simples

témoins, c'est-à-dire aux personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis une infraction. Ce texte, qui limite à une durée maximale de quatre heures le temps de leur audition, a été déclaré, par les juges constitutionnels, conforme à la Constitution, car il ne pouvait porter atteinte aux droits de la défense.

Et il en est de même dès lors qu'il s'agit des dispositions relatives à l'assistance de l'avocat au cours de la garde à vue, puisque le Conseil constitutionnel a jugé inopérants tous les griefs tirés de la violation des droits de la défense et de la méconnaissance du principe du contradictoire.

#### B - Le caractère non contradictoire de la phase des enquêtes

Les requérants critiquaient essentiellement l'absence de droit pour l'avocat de consulter les pièces de la procédure avant l'audition de la personne gardée à vue, la possibilité laissée aux enquêteurs de commencer ladite audition sans que l'avocat soit présent, la limitation à trente minutes de la durée de l'entretien du gardé à vue avec l'avocat, l'assistance limitée de l'avocat aux seuls actes d'audition et de confrontation, ainsi que l'exclusion d'une telle assistance au cours des autres actes d'investigation, telles les perquisitions. De plus, les intéressés mettaient en cause les nombreuses restrictions au droit d'être assisté par un avocat, apportées par la loi du 14 avril 2011 qui a autorisé les officiers de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention à limiter, dans un certain nombre de cas, l'exercice de ce droit fondamental (10).

Avant de répondre à ces différents arguments, le Conseil constitutionnel relève, tout d'abord, que la loi du 14 avril 2011 satisfait aux exigences constitutionnelles posées par sa décision du 30 juillet 2010, dans la mesure où elle interdit toute condamnation fondée sur des aveux recueillis hors la présence d'un avocat, consacre expressément le droit au silence et permet à l'avocat d'assister aux auditions et confrontations.

Puis, les sages de la rue de Montpensier se montrent particulièrement réservés quant à l'application du principe du contradictoire dans la phase des enquêtes policières. Ainsi, ils précisent que « *les dispositions contestées n'ont pas pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs, qui n'ont pas donné lieu à une décision de poursuite de l'autorité judiciaire et qui ont vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction et de jugement* ».

Sans aucun doute, pour les juges constitutionnels, le renforcement des droits de la défense n'impose pas une « *juridictionnalisation de la garde à vue* ». Ainsi, ils excluent la possibilité d'un débat contradictoire, portant sur la légalité ou le bien-fondé des éléments de preuve, pendant la phase des enquêtes policières. Pour le Conseil, il suffit qu'un tel débat puisse avoir lieu devant la juridiction d'instruction ou de jugement.

De même, la haute autorité rejette toute possibilité de discussion du bien-fondé de la mesure de garde à vue, en affirmant qu'il s'agit d'une opération de police judiciaire, enfermée par la loi dans un délai limité, à savoir vingt-quatre heures, renouvelable une fois.

Il faut bien reconnaître qu'une telle position ne peut nous surprendre, car elle se situe dans le sillage d'une jurisprudence antérieure bien établie. C'est qu'en effet, le Conseil constitutionnel a estimé, par toute une série de décisions, que le principe du contradictoire, qui constitue le « *corollaire des droits de la défense* », ne peut jouer que devant l'autorité judiciaire (11) ou dans le cadre d'une procédure qui entraîne le prononcé d'une « *sanction ayant le caractère d'une punition* » (12), telle qu'une sanction administrative ou un licenciement prononcé pour un motif disciplinaire (13). Et, dans ces hypothèses, les juges constitutionnels ont expressément reconnu à l'intéressé le droit d'accéder au dossier de la procédure, mais un tel droit peut être exercé avant la phase de jugement et non dès le stade de l'enquête (14).

Il en résulte donc clairement que, pour les sages de la rue de Montpensier, il n'est nullement nécessaire que la phase des enquêtes soit conduite contradictoirement. Aussi bien ont-ils

affirmé que « *le principe du contradictoire n'est pas obligatoire pour les investigations fiscales* » (15).

Mais, si le Conseil constitutionnel ne fait que confirmer, par la présente décision, sa position antérieure, il est toutefois permis de penser que celle-ci aurait pu évoluer, suite à la constatation par laquelle ledit Conseil reconnaît explicitement, dans sa décision du 30 juillet 2010, que la garde à vue est « *devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure* » même pour « *des faits complexes ou particulièrement graves* ». C'est qu'en effet, « *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* » (16). Et, dans le considérant n° 28 de la décision ici commentée, la haute autorité ne fait que reprendre la même constatation (17), sans cependant en tirer les conséquences.

A vrai dire, on a du mal à justifier la position du Conseil constitutionnel qui, d'une part, écarte l'application du principe du contradictoire dans la phase des enquêtes, alors que, d'autre part, il reconnaît le caractère déterminant de cette phase pour l'orientation générale du procès pénal.

A cet égard, il est utile de rappeler que, dans l'affaire *Salduz c/ Turquie*, la Cour européenne a clairement affirmé que la phase de l'enquête se révèle primordiale pour le déroulement du procès pénal, dans la mesure où les preuves obtenues pendant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée à une personne déterminée sera par la suite examinée au procès.

Vu son importance, il s'impose donc que cette phase soit régie par le principe du contradictoire.

L'avocat du gardé à vue devrait avoir accès à l'intégralité du dossier de la procédure, afin de pouvoir assumer efficacement son rôle de défenseur, comme l'exige la jurisprudence *Dayanan*. Faut-il encore rappeler ici que l'« *équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil* » ? Il s'agit, en particulier, de « *preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention* ». Il en résulte donc que l'avocat doit pouvoir exercer librement la défense du gardé à vue en jouant un rôle actif pendant tout le déroulement de la mesure. Cela suppose un contact permanent avec l'intéressé pouvant être assuré par la reconnaissance d'un droit de visite de l'avocat. Ce dernier devrait avoir la possibilité de se rendre, pendant toute la durée de la garde à vue, dans les postes de police, afin de discuter avec la personne en faisant l'objet et de préparer utilement sa défense. L'avocat devrait aussi participer activement à toute audition ou confrontation.

Ainsi, le principe de l'égalité des armes, élément essentiel du procès équitable, sera respecté.

En tout cas, bien que le législateur français ne soit pas encouragé par le Conseil constitutionnel à revoir le dispositif actuel, il doit tirer toutes les conséquences de la jurisprudence européenne et de la proposition de directive du 8 juin 2011. On pourra faire observer que celle-ci élargit encore plus le domaine d'intervention de l'avocat pendant la phase des enquêtes, en lui donnant la possibilité d'assister à un acte de collecte des preuves, telle qu'une perquisition, dès lors que cet acte autorise ou exige la présence de la personne soupçonnée.

Même si les requérants, en se fondant sur la proposition de directive, avaient soulevé les lacunes de notre législation sur ce dernier point, les juges constitutionnels ont préféré rester silencieux.

En revanche, ils ont répondu aux autres arguments des intéressés, qui tendaient à contester les dispositions qui instituent des restrictions et dérogations au droit d'assistance effective d'un avocat. En particulier, les sages de la rue de Montpensier ont estimé que chacune de ces

restrictions ou dérogations assure une conciliation, qui n'est pas déséquilibrée, entre le respect des droits de la défense et l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions. Le critère de proportionnalité se trouve donc, selon le Conseil, respecté, d'autant plus que le déroulement des mesures de garde à vue est soumis au contrôle des juridictions d'instruction et de jugement. Ainsi, les juges constitutionnels ont considéré que la possibilité d'un report de l'assistance d'un avocat « est placée sous le contrôle des juridictions pénales saisies des poursuites » (18). De même, s'agissant de l'absence de délai obligeant le fonctionnaire de police à attendre l'arrivée de l'avocat avant chacune des éventuelles auditions suivantes de la personne gardée à vue, le Conseil a souligné « qu'il appartient en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve et d'apprécier la valeur probante des déclarations faites, le cas échéant, par une personne gardée à vue hors la présence de son avocat » (19). Par conséquent, il a déclaré l'ensemble des dispositions litigieuses conformes à la Constitution.

Il est certain que la présente décision n'incite nullement le législateur français à réformer le dispositif actuel qui, comme il a été précédemment indiqué, protège de manière très insatisfaisante les droits de la défense. Au lieu de soulever les nombreuses imperfections de ce dispositif et de réagir, à propos de certaines dispositions qui affaiblissent considérablement le rôle de l'avocat, en accordant des prérogatives exorbitantes aux enquêteurs, le Conseil constitutionnel fait une confiance aveugle à l'autorité judiciaire qui pourrait apprécier, au cas par cas, les conséquences réelles de telle ou telle restriction ou dérogation qui est prévue par la loi, en méconnaissance des exigences européennes.

Ces réserves formulées, il est, en tout cas, permis de se demander quelles possibilités s'offrent aux justiciables pour corriger les lacunes et défauts de notre législation.

## II - Les conséquences de la décision et les remèdes proposés

Sans aucun doute, la présente décision s'inscrit dans le prolongement de celle du 30 juillet 2010 qui, à la différence de la jurisprudence européenne, n'a pas clairement défini l'intervention de l'avocat lors du déroulement de la garde à vue en se retranchant derrière une formule laconique, selon laquelle l'intéressé doit bénéficier, pendant son interrogatoire, de l'« assistance effective d'un avocat », des restrictions à l'exercice d'un tel droit étant toutefois possibles, en raison des « circonstances particulières » susceptibles de les justifier. Les juges constitutionnels auraient pu déterminer, d'une manière précise, les différentes missions devant être confiées au conseil durant la phase des enquêtes policières et fournir des critères précis permettant de bien encadrer son rôle de défenseur.

La décision du 30 juillet 2010, comme celle du 18 novembre 2011, sont décevantes et constituent un véritable recul par rapport à certaines belles décisions du Conseil constitutionnel qui ont orienté, de façon décisive, l'oeuvre législative. Parmi ces décisions, on pourra notamment retenir celle du 11 août 1993 (20), par laquelle le Conseil a censuré la disposition contenue dans le texte initial de la loi du 24 août 1993 ayant admis que l'avocat puisse être totalement évincé en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants. Les juges constitutionnels ont affirmé avec force que cette disposition était contraire aux droits de la défense et qu'elle méconnaissait le principe d'égalité entre les justiciables.

Quoi qu'il en soit, il faut bien convenir que, par la décision ici commentée, l'écart qui se creuse entre les jurisprudences constitutionnelle et européenne devient de plus en plus important. Et la proposition de directive du 8 juin 2011 ne fait qu'aggraver la situation.

Mais comment faudrait-il remédier aux nombreux inconvénients résultant de la loi du 14 avril 2011 ?

Les justiciables disposent de la faculté de saisir la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6, §§ 1 et 3, de la Convention. Leur action a toute chance d'aboutir, car le dispositif actuel applicable à la garde à vue est « fragile » et ne pourra pas résister aux foudres des juges de Strasbourg.

De même, les intéressés pourront invoquer la violation de l'article 6 de la Convention devant le juge national qui s'est montré, ces derniers temps, particulièrement sensible aux messages européens (21).

Il est vrai qu'une décision récente de la chambre criminelle du 9 novembre 2011 (22) nous laisse assez perplexe. En l'espèce, une personne avait été placée en garde à vue au motif qu'il existait des raisons plausibles de la soupçonner d'avoir commis le délit de proxénétisme aggravé. Ayant été libéré par la police quelques minutes avant l'expiration du délai au-delà duquel l'entretien avec l'avocat devait avoir lieu, l'intéressé faisait valoir devant la chambre de l'instruction que l'article 63-4 du code de procédure pénale qui, dans sa version applicable à l'époque des faits, prévoyait une intervention différée de l'avocat en matière de criminalité organisée, méconnaissait les principes constitutionnels des droits de la défense. Les circonstances de l'espèce faisaient clairement apparaître que le prévenu avait demandé dès le début de la garde à vue l'assistance d'un avocat, mais il n'avait pas pu en bénéficier pendant toute la durée de la mesure. En réalité, il avait été entendu par les fonctionnaires de police en dehors de la présence d'un conseil. Ayant été condamné par les juges du fond, il a saisi d'un pourvoi la Cour de cassation en invoquant, devant elle, des moyens de nullité de la mesure de garde à vue fondés sur l'article 6 de la Convention EDH, et non plus sur l'article 63-4 du code de procédure pénale, comme il l'avait fait devant la chambre de l'instruction. La haute juridiction a considéré que l'intéressé n'était plus recevable à invoquer, devant elle, ces moyens ; par conséquent, elle a refusé de les examiner.

La solution retenue se justifie difficilement, car un moyen de pur droit touchant à l'ordre public peut être soulevé par les parties, pour la première fois, devant la Cour de cassation et celle-ci peut, de son côté, le relever d'office. Un tel moyen ne présente donc pas un caractère « nouveau », à la différence de celui qui est mélangé de fait et de droit.

Est-ce à dire dès lors que, par cet arrêt, la haute juridiction fait marche arrière et entend remettre en cause la portée des arrêts du 15 avril et du 31 mai 2011 ? Sa position nous laisse d'autant plus perplexe que, dans l'un des arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle a clairement affirmé que la gravité de l'infraction ne devrait pas être le seul critère de nature à justifier des dérogations à la règle de l'assistance immédiate d'un avocat. Ainsi, elle a courageusement déclaré les régimes dérogatoires prévus en matière de garde à vue non conformes aux exigences posées par l'article 6, § 3, de la Convention EDH. En tout cas, on est amené à reconnaître que la réponse qu'elle a fournie, par cet arrêt du 9 novembre 2011 qui posait un problème analogue, est décevante et constitue un malheureux recul.

Cependant, une telle attitude ne devrait pas décourager, dans l'avenir, les justiciables à continuer de contester, devant la haute juridiction, le dispositif actuel applicable à la garde à vue, en invoquant utilement tous les principes consacrés par la jurisprudence européenne.

Rien ne fait obstacle à ce que les hauts magistrats déclarent prochainement les dispositions de la loi du 14 avril 2011, qui apportent des restrictions importantes à l'exercice du droit d'être assisté par un avocat, autorisent le maintien des régimes dérogatoires et confient au magistrat du parquet le contrôle de la garde à vue, contrairement aux exigences posées par les juges de Strasbourg. Il faut bien reconnaître que les principes dégagés par la jurisprudence *Dayanan* et *Salduz* peuvent recevoir une application directe et immédiate.

En définitive, sous l'influence de la jurisprudence européenne et en tenant compte de certaines règles contenues dans la proposition de directive du 8 juin 2011, le législateur français devrait intervenir, dans les meilleurs délais, pour reconnaître à la personne « suspecte » le droit d'être assistée par un avocat, renforcer l'exercice des droits de la défense pendant le déroulement de la garde à vue en réservant au conseil le rôle d'un véritable « défenseur », et surtout pour introduire le principe du contradictoire dans la phase des enquêtes policières. Car il faut bien convenir que seule l'application de ce principe peut assurer l'effectivité et l'efficacité de l'exercice des droits de la défense.

**Mots clés :**

PROCEDURE PENALE \* Enquête \* Garde à vue \* Droit de la défense \* Avocat \* Conseil constitutionnel

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS \* Contrôle de constitutionnalité \* Question prioritaire de constitutionnalité \* Droit pénal \* Garde à vue \* Contestation de la régularité

(1) V. sur cette loi, H. Matsopoulou, La garde à vue - Une réforme inachevée, JCP 2011, n° 542 ; M.-L. Rassat, A remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme, Libres propos, JCP 2011, n° 632 ; J. Pradel, Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue, JCP 2011, n° 665 ; G. Roujou de Boubée, La réforme de la garde à vue, D. 2011. 1570.

(2) V. not., CEDH 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; GAPP, 7<sup>e</sup> éd., 2011, n° 27 ; JCP 2009. I. 104, § 7, obs. F. Sudre ; 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*, D. 2009. 2897, note J.-F. Renucci ; Gaz. Pal., 2-3 déc. 2009, p. 19, note H. Matsopoulou ; V. aussi : CEDH 24 sept. 2009, n° 7025/04, *Pishchalnikov c/ Russie* ; 19 nov. 2009, n° 17551/02, *Kolesnik c/ Ukraine* ; 27 oct. 2011, n° 25303/08, *Stojkovic c/ France et Belgique*. V. aussi Point de vue Vergès, D. 2011. 3005.

(3) Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel, 1949, point de vue P. Cassia, 2254, obs. J. Pradel, 2696, entretien Y. Mayaud, 2783, chron. J. Pradel, et 2011. 1713, obs. V. Bernaud ; AJDA 2010. 1556 ; GAPP, 7<sup>e</sup> éd., 2011, n° 27 ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier, et 2011. 58, obs. S. De La Rosa ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli, 165, obs. B. de Lamy, et 193, chron. C. Lazerges ; RTD civ. 2010. 513 et 517, obs. P. Puig ; V. aussi, F. Fournié, Nouvelles considérations « humoriques », JCP 2010. Actu. 914, Libres propos.

(4) Crim. 19 oct. 2010, n° 10-85.051, n° 10-82.902 et n° 10-82.306, D. 2010. 2425, édito F. Rome, 2696, entretien Y. Mayaud, 2783, chron. J. Pradel, 2011. 124, chron. E. Degorce, et 1713, obs. V. Bernaud ; AJ pénal 2010. 479, étude E. Allain ; Cah. Cons. const. 2011. 242, obs. Y. Mayaud ; RSC 2010. 879, chron. E. Gindre. V. à propos de ces arrêts, H. Matsopoulou, Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité, JCP 2010. Actu. 1164 ; A. Maron, Troisième messe de requiem pour la garde à vue, Dr. pénal 2010, dossier spécial sur « La garde à vue sous contrôle judiciaire », n° 11.

(5) V. Nioré, Le rôle de l'avocat en garde à vue, in Les incidences des évolutions constitutionnelles et européennes sur la matière pénale, RLDA, n° spécial, sept. 2011, publiant les actes du colloque organisé par l'Institut d'études judiciaires de la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud 11, le 14 juin 2011, p. 67.

(6) Les QPC soulevées devant la Cour de cassation contestaient la constitutionnalité des art. 62, al. 2, 63-3-1, al. 3, 63-4, al. 2, et 63-4-1 à 63-4-5 c. pr. pén.

(7) V. consid. 18 de la décision.

(8) Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-62 QPC, AJ pénal 2011. 136, obs. J.-B. Perrier ; RSC 2011. 193, chron. C. Lazerges.

(9) N° COM(2011) 326.

(10) V. pour une approche critique, H. Matsopoulou, La garde à vue - Une réforme inachevée, préc., spéc. 910.

(11) Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, consid. 58, GAJF, 5<sup>e</sup> éd., 2009, n° 7 ; RFDA 1990. 143, note B. Genevois (en l'espèce, il s'agissait du juge de l'impôt).

(12) Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, consid. 52 et 53, AJDA 2011. 1174, et 1936, étude O. Lecucq.

(13) Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, consid. 24, D. 2007. 1166, obs. L. Gay ; AJDA 2006. 732, 1961, note C. Geslot, et 2437, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet ; RTD civ. 2006. 314, obs. J. Mestre et B. Fages.

(14) Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, consid. 29, GDCC, 15<sup>e</sup> éd., 2009, n° 33 ; 25 févr. 1992, n° 92-307 DC, consid. 29, AJDA 1993. 105, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 1992. 185, note B. Genevois.

(15) Cons. const., 29 déc. 1984, n° 84-184 DC, consid. 35.

(16) Consid. 16.

(17) Il est indiqué que « *les évolutions de la procédure pénale ... 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...* ».

(18) Consid. 31.

(19) Consid. 30.

(20) Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326, JO 15 août, p. 11599, spéc. 11600, consid. 10 à 15 ; V. sur la question, H. Matsopoulou, *Les Enquêtes de Police*, LGDJ, 1996, n° 829.

(21) Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.136 et n° 10-30.242, D. 2011. 1080, 1128, entretien G. Roujou de Boubée, et 1713, obs. V. Bernaud ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; JCP 2011. Actu. 483, obs. S. Detraz ; Crim. 31 mai 2011, n° 10-80.034, n° 11-81.412, n° 10-88.293 et n° 10-88.809, D. 2011. 1563, et 2084, note H. Matsopoulou ; AJ pénal 2011, 370, obs. C. Mauro ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 412, obs. A. Giudicelli ; JCP 2011, n° 756, note J. Pradel.

(22) Pourvoi n° 05-87.745.