

## Commentaire de la décision n° 2010-14/22 QPC – juillet 2010

*M. Daniel W. et autres*

**(articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du code de procédure pénale)**

Par un arrêt du 31 mai 2010, la Cour de cassation a joint vingt-six questions prioritaires de constitutionnalité posées devant elle à l'occasion d'un pourvoi pour deux d'entre elles ou transmises par des juridictions répressives du fond pour les vingt-quatre autres. Ces questions portaient toutes sur les règles applicables à la garde à vue. La Cour de cassation a procédé de même le 11 juin 2010 en, joignant dix questions prioritaires de constitutionnalité.

La Cour de cassation a ainsi, par deux arrêts, renvoyé devant le Conseil constitutionnel les questions portant sur les articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du code de procédure pénale (CPP).

Par sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a dit n'y avoir lieu à statuer sur le septième alinéa de l'article 63-4 du CPP et son article 706-73 au motif qu'ils avaient déjà été déclarés conformes à la Constitution. Il a déclaré les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéa 1<sup>er</sup> à 6, et 77 du CPP contraires à la Constitution, en repoussant au 1<sup>er</sup> juillet 2011 la date d'effet de leur abrogation.

### **I. – La garde à vue**

La garde à vue est la mesure de police judiciaire permettant de retenir dans certains locaux non pénitentiaires, pour une durée limitée variable selon le type d'infraction, les personnes qui tout en n'étant ni condamnées ni même poursuivies, doivent rester à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie pour les nécessités de l'enquête<sup>1</sup>. Cette mesure a longtemps été une pratique tolérée<sup>2</sup>, avant que le CPP, en 1958, n'impose un cadre légal, qui a été

---

<sup>1</sup> Annexe à l'exposé des motifs du projet de loi portant institution d'un code de procédure pénal, Annexe 1, rapport de M. A. Besson, procureur général près la Cour de cassation, §79, *J.O. du Conseil de la République*, p. 877.

<sup>2</sup> Seul l'article 307 du décret « organique » du 20 mai 1903 prévoyait que les gendarmes disposaient de vingt-quatre heures pour conduire devant le procureur de la République les personnes arrêtées en délit flagrant.

remanié à plusieurs reprises, notamment après une sévère condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1992<sup>3</sup>.

En effet, cette mesure de police doit être rendue compatible avec la présomption d'innocence, le respect des droits de la défense et la prohibition de la détention arbitraire auxquels elle est susceptible de porter atteinte.

Ainsi, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, amendée par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, puis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, ont encadré la garde à vue, renforçant nettement, d'une part, le contrôle de l'autorité judiciaire et, d'autre part, les droits de la personne gardée à vue.

Toutefois, ces protections ont vu leur portée encadrée et limitée par des lois plus récentes :

- loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ;
- loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) ;
- loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure ;
- loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité,
- loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

## **A. – La garde à vue est une mesure de police judiciaire placée sous contrôle de l'autorité judiciaire**

### **1. – Une mesure de police judiciaire**

Quel que soit le régime applicable aux investigations en cours – enquête préliminaire (article 77 du CPP), en flagrance (article 63 du CPP) ou sur commission rogatoire (article 154 du CPP) – c'est à l'officier de police judiciaire (OPJ) qu'appartient la décision de placer une personne en garde à vue. C'est, pour l'OPJ, une faculté et non une obligation<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France* n°12850/87.

<sup>4</sup> Cass. Crim, 28 juin 2000, n° 99-81688, bull. n° 251.

La loi a progressivement restreint (loi du 4 janvier 1993) puis prohibé (loi du 15 juin 2000) la possibilité de placer en garde à vue les simples témoins. Ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes à l'encontre desquelles il existe « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre* » une infraction. Quant aux témoins, ils ne peuvent désormais être retenus que « *le temps strictement nécessaire à leur audition* », mais cette retenue n'est pas une garde à vue<sup>5</sup>. Le gardé à vue étant traité comme un suspect, il ne prête pas serment lorsqu'il est entendu, même sur commission rogatoire du juge d'instruction (77-2 du CPP).

La garde à vue se distingue aussi du placement en chambre de dégrisement qui est une mesure administrative prévue par l'article L. 3341-1 du code de la santé publique<sup>6</sup>.

Le critère de la garde à vue est le recours à la contrainte par l'OPJ, de sorte que l'audition dans les locaux de police sans contrainte n'impose pas le placement en garde à vue<sup>7</sup> et que le temps des auditions réalisées avant l'usage de la contrainte ou après qu'elle a cessé n'est pas obligatoirement intégré dans le décompte de la durée de la garde à vue<sup>8</sup>.

Depuis 2000, la jurisprudence a fait du placement en garde à vue une obligation pour tout interrogatoire faisant suite à une interpellation et une privation, ne serait-ce qu'un instant, de la liberté<sup>9</sup>. Il n'est donc plus possible qu'un suspect soit retenu selon le régime applicable aux témoins, c'est-à-dire, « *le temps strictement nécessaire à son audition* ». Désormais, l'audition de toute personne interpellée se déroule dans le cadre de la garde à vue, ce qui peut avoir pour effet d'en rallonger la durée puisque le placement en garde à vue, d'une part, retarde le moment de l'audition (obligation de notification préalable des droits, et attente de l'arrivée de l'avocat s'il est demandé) et, d'autre part, retarde le moment de la mise en liberté (nécessité de solliciter les instructions du parquet sur la suite à donner à la procédure, *voir plus loin*).

## **2. – Le contrôle de l'autorité judiciaire**

La garde à vue doit s'effectuer sous le contrôle effectif du magistrat, c'est-à-dire le juge d'instruction (pour les commissions rogatoires), ou le procureur de la

---

<sup>5</sup> Dernier alinéa de l'article 62, premier alinéa de l'article 153 et troisième alinéa de l'article 78 du CPP.

<sup>6</sup> « *Une personne trouvée en état d'ivresse dans les rues, chemins, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics, est, par mesure de police, conduite à ses frais au poste le plus voisin ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison.* »

<sup>7</sup> Cass. Crim, 6 mai 1997, n° 96-80369 et 97-81.026 et 19 janvier 2000 n° 99-86090.

<sup>8</sup> Cass. Crim, 31 octobre 2001, n° 01-85341

<sup>9</sup> Cass. crim. 6 décembre 2000, n°s 00-86221 et 00-82.997, 6 mai 2003, n°02-87567.

République (pour les enquêtes préliminaires ou en flagrance). Ce magistrat peut ordonner qu'il soit mis fin immédiatement à la garde à vue.

Depuis la loi du 15 juin 2000, le magistrat doit être informé dès le placement en garde à vue. La loi du 4 janvier 1993 avait déjà prévu une information « *sans délai* ». Celle du 24 août 1993 a indiqué que cette information devait intervenir « *dans les meilleurs délais* ». Toutefois, le Conseil constitutionnel n'avait validé cette dernière loi que sous la réserve que l'information intervienne « *dans les plus brefs délais possibles* »<sup>10</sup>.

En droit commun, la durée de la garde à vue est de vingt-quatre heures. Une prolongation de vingt-quatre heures supplémentaires peut être autorisée par le magistrat qui, à cette occasion peut ou doit, selon la procédure, se faire présenter la personne gardée à vue. Dans les infractions de droit commun, la durée maximale de contrainte consécutive ne peut jamais excéder quarante-huit heures, même si un changement de régime de garde à vue intervient en cours de procédure<sup>11</sup>.

## **B. – La garantie des droits de la personne gardée à vue**

### **1. – Les droits du gardé à vue**

Ces droits ont été principalement énoncés par la loi du 4 janvier 1993 et figurent aux articles 63-1 à 63-4 du CPP auxquels renvoie le dernier alinéa des articles 77 et 154 du CPP. Ils ont connu de nombreuses modifications. Le gardé à vue :

- doit être informé immédiatement de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête ;
- peut demander à faire prévenir un proche de sa situation, sauf si, à la demande de l'OPJ, le magistrat s'y oppose ;
- peut demander à être examiné par un médecin (le magistrat pouvant à tout moment ordonner un tel examen d'office) ;
- peut demander un entretien confidentiel d'une durée maximale de 30 minutes avec un avocat désigné ou commis d'office. L'avocat n'a pas accès à la procédure et n'assiste pas aux interrogatoires, mais il est averti de la nature des faits reprochés au gardé à vue ainsi que de leur date. Depuis la loi du 15 juin 2000, le droit à cet entretien intervient dès le début de la garde à vue, ainsi qu'au

---

<sup>10</sup> Décision n° 93-326 DC du 4 janvier 1993 précitée, cons. 3.

<sup>11</sup> Cass. Crim. 13 février 1996, n° 95-85538.

début de la prolongation. L'OPJ est tenu à une obligation de moyens pour la présence de l'avocat : on ne peut lui reprocher l'absence d'un avocat qu'il a régulièrement averti<sup>12</sup>.

## 2. – La protection de ces droits

Afin de permettre au gardé à vue d'exercer ses droits, il en reçoit, oralement ou par écrit, la notification complète, dans une langue qu'il comprend, si besoin est en langue des signes. En cas de prolongation, il est procédé à une nouvelle notification. La loi du 15 juin 2000, avait imposé que le gardé à vue soit également informé de son droit de ne pas répondre aux questions des enquêteurs. Cependant, la loi du 4 mars 2002 a adopté une formulation moins explicite<sup>13</sup> et, finalement, l'article 19 de la loi du 18 mars 2003 a fait disparaître la notification de ce « droit au silence ».

Depuis 1993, la notification des droits devait intervenir « immédiatement », dès que la personne était en état d'être informée<sup>14</sup>, sauf circonstances insurmontables. La loi du 4 mars 2002 a atténué cette rigueur et a prévu que la notification des droits de prévenir un tiers et d'être examiné par un médecin doit être délivrée dans les trois premières heures.

Au moment de la levée de la garde à vue, et seulement si aucune décision de poursuite n'est prise immédiatement, la personne reçoit également notification de son droit d'être informée des suites de l'enquête six mois après la fin de la garde à vue (droit qui a été créé par la loi du 15 juin 2000).

Pour permettre à l'autorité judiciaire de contrôler effectivement le déroulement de la garde à vue, l'OPJ en consigne les étapes sur un registre et dresse procès-verbal de l'intégralité du déroulement de la mesure, mentionnant précisément ses diligences et leurs horaires.

La loi du 15 juin 2000 a même prévu la mention des heures de repos et de repas et a imposé que les interrogatoires des mineurs en garde à vue fassent l'objet d'un enregistrement audiovisuel. Quant à la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, elle a prévu l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires de personnes placées en garde à vue pour crime.

---

<sup>12</sup> Cass. Crim, 13 février 1996, n° 95-85676.

<sup>13</sup> La personne était avertie qu'elle avait « le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire ».

<sup>14</sup> Cass crim, 4 janvier 1996, n° 95-84330.

### 3. – Le régime de nullité

Le magistrat chargé de contrôler la garde à vue peut y mettre fin de façon anticipée à tout moment. Il peut également ne pas autoriser son renouvellement. En revanche, la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement ne peut apprécier l'utilité de la durée effective de la garde à vue à l'intérieur du délai de vingt-quatre heures<sup>15</sup>.

En procédure pénale, de façon générale, la sanction des irrégularités est prévue par l'article 802 du CPP, dont la rédaction date de 1993. La nullité des actes de procédure n'est prévue que pour les irrégularités qui portent atteinte aux intérêts de la personne. Toutefois, la Cour de cassation applique cette disposition au régime de la garde à vue avec sévérité, considérant que certaines irrégularités et notamment les retards de notification ou d'avertissement du magistrat « *font nécessairement grief* ».

De telles irrégularités entraînent alors la nullité de la garde à vue, ainsi que la nullité des actes « *dont elle est le support nécessaire* ».

### C. – Les régimes particuliers de garde à vue

#### 1. – Les mineurs (article 4 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945)

– Conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui avait censuré une disposition contraire<sup>16</sup>, les mineurs de 13 ans ne peuvent être placés en garde à vue<sup>17</sup>. Les mineurs âgés de 10 à 13 ans, suspectés d'avoir commis une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement peuvent être retenus, sur autorisation d'un magistrat, pendant douze heures renouvelables une fois.

– La garde à vue d'un mineur âgé de 13 à 16 ans pour une infraction punie d'une peine de moins de cinq ans d'emprisonnement ne peut être prolongée.

– Lorsqu'elle est possible, la prolongation de la garde à vue ne peut intervenir qu'après présentation du mineur au magistrat.

Les majeurs sont libres de ne pas exercer les droits qui leur ont été notifiés. En revanche, pour les mineurs, l'avertissement du responsable légal de l'enfant est

---

<sup>15</sup> Cass. Chambre mixte, 7 juillet 2000, n° 98-50007.

<sup>16</sup> Décision 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*, cons. 29.

<sup>17</sup> Ordonnance n° 45-174 du 2 novembre 1945 relative à l'enfance délinquante, art. 4.

prévu d'office. La consultation médicale est aussi obligatoire pour les mineurs de 16 ans.

## **2. – La garde à vue en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants**

Certaines infractions présentent une particulière complexité, notamment compte tenu de l'organisation de leurs auteurs. Cela a conduit à un régime moins protecteur des gardes à vue dans le cadre de ces infractions (en particulier le terrorisme et le trafic de stupéfiants.).

– La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 a instauré un régime particulier pour les gardes à vue en matière de terrorisme (articles 706-16 et suivants du CPP).

– La loi n° 93-1013 du 24 août 1993 a prévu un régime de garde à vue particulier en matière de participation à une association de malfaiteurs, d'infractions de proxénétisme aggravé, d'extorsion de fonds ou d'infractions commise en bande organisée.

– La loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, a instauré un régime de garde à vue dérogatoire en matière de trafic de stupéfiants.

– La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 élargit le champ d'application de cette garde à vue exceptionnelle à une liste d'infractions relevant de la délinquance organisée, fixée par l'article 706-73 du CPP.

La garde à vue peut être prolongée jusqu'à quarante-huit heures supplémentaires, par décision d'un magistrat du siège (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention), en une ou deux étapes. En matière de terrorisme, depuis la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, la prolongation peut porter la durée totale de la garde à vue à six jours pour des motifs exceptionnels touchant au risque d'imminence d'un acte terroriste et sur autorisation du seul juge des libertés et de la détention.

En outre, la personne gardée à vue ne jouit du droit de s'entretenir avec un avocat qu'à la quarante-huitième heure, voir à la soixante-douzième en cas de terrorisme ou de trafic de stupéfiants.

## D. – La mise en cause de la garde à vue

Le régime français de la garde à vue fait l'objet, depuis plusieurs années, d'une remise en question touchant tant à son principe qu'à ses modalités.

Est dénoncée, en premier lieu, l'augmentation du nombre de mesures de garde à vue décidée chaque année. En deuxième lieu, est dénoncé le caractère humiliant ou dégradant de cette mesure en raison du recours accru à la fouille à nu. Ainsi, dans son rapport 2009, la Commission nationale de déontologie de la sécurité écrit avoir « constaté pour, la neuvième année consécutive, la banalisation et le caractère quasi systématique de la pratique des fouilles à nu de personnes privées de liberté, prises en charge par des fonctionnaires de police et des gendarmes. Les critères d'appréciation qu'elle a dégagés, au regard de l'analyse des pratiques, ont été repris par les instructions du directeur général de la police nationale du 9 juin 2008, rappelant la circulaire du ministre de l'Intérieur du 11 mars 2003. Force est cependant de constater que les circulaires et instructions précitées ne sont pas respectées » (p. 22).

Au-delà de cette critique touchant aux conditions de mise en œuvre de la garde à vue, cette dernière est mise en cause au nom de la jurisprudence de la CEDH en ce qu'elle ne prévoit pas l'assistance de la personne gardée à vue par un avocat.

Dans sa décision *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008<sup>18</sup>, confirmée par la suite, la CEDH a estimé que la Turquie avait violé l'article 6 de la Convention européenne dans une affaire où une personne avait été condamnée sur la base de ses seuls aveux obtenus en garde à vue sans l'assistance d'un avocat.

La question de l'applicabilité de cette jurisprudence à la France fait l'objet d'intenses débats. Certains juges des libertés et de la détention ont refusé de placer en détention des personnes présentées à l'issue de gardes à vue au cours desquelles elles avaient avoué, au motif que ces personnes n'avaient pu bénéficier de l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue. Des gardes à vue ont été annulées sur ce même motif<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> CEDH, grande chambre, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02

<sup>19</sup> Maron A. et Haas M. « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose », *Dr. pén.*, 2010, n° 3, p. 10.



## **II. – La décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 sur la garde à vue**

### **A. – Les griefs invoqués par les requérants**

Les requérants soulevaient plusieurs griefs qu'on peut présenter ainsi :

– les conditions matérielles dans lesquelles la garde à vue se déroule méconnaissent la dignité de la personne ;

– le pouvoir de l'OPJ de placer une personne en garde à vue ne satisfait pas aux exigences de l'article 66 de la Constitution en ce que, d'une part, le Procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire et, d'autre part, subsidiairement, il n'est informé qu'après que la décision de placement en garde à vue a été prise ;

– pour le même motif, le pouvoir du procureur de la République de prolonger la garde à vue en enquête préliminaire ou en cas de flagrance ne satisfait pas aux exigences de l'article 66 de la Constitution, et ce d'autant moins que cette prolongation peut être réalisée par écrit sans présentation du gardé à vue ;

– le pouvoir de l'OPJ de placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction constitue un pouvoir arbitraire qui méconnaît la rigueur nécessaire exigée par les articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

– le fait que l'avocat appelé par le gardé à vue n'ait pas accès aux pièces de la procédure et n'assiste pas le gardé à vue pendant ses interrogatoires méconnaît les droits de la défense, les exigences d'une procédure juste et équitable et le principe de rigueur nécessaire. À ce grief, il est parfois joint le grief de l'absence de notification à la personne gardée à vue de son droit de garder le silence ;

– l'absence d'assistance de l'avocat en garde à vue méconnaît le principe d'égalité devant la loi et la justice dès lors que le droit à l'assistance d'un avocat est reconnu à l'étranger en rétention administrative ;

– le report de l'intervention de l'avocat à la quarante-huitième ou la soixante-douzième dans les enquêtes visant certaines infractions méconnaît, d'une part, les droits de la défense, d'autre part, le principe d'égalité devant la loi et la justice ;

– la garde à vue méconnaît les exigences de l'article préliminaire du CPP.

## B. – La jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a statué à plusieurs reprises sur la garde à vue.

– La décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, relative à la loi « sécurité et libertés », a validé la disposition qui confiait au président du tribunal la possibilité de prolonger une garde à vue au-delà de quarante-huit heures en matière de certaines infractions aggravées. À cette occasion, le Conseil a jugé : « *Si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction* » (cons. 25).

– La décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, a validé la possibilité d'une prolongation de la garde à vue par un magistrat du siège, de quarante-huit heures supplémentaires, ce qui porte la durée totale de garde à vue à quatre-vingt-seize heures en matière de terrorisme (cons. 17).

– La décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 constitue la principale décision sur la garde à vue. Le Conseil a validé :

\* le principe du placement en garde à vue par l'officier de police judiciaire dans la mesure où l'autorité judiciaire est immédiatement avertie et que cet avertissement place le déroulement sous son pouvoir de contrôle (cons. 3) ;

\* la possibilité que la première prolongation de la garde à vue soit décidée par un magistrat du parquet. C'est à l'occasion de l'examen de cette disposition que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a jugé que « *l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet* » (cons. 5) ;

\* l'instauration de l'entretien avec l'avocat à la vingtième heure de garde à vue. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a jugé que « *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. 12) ;

\* l'instauration d'une différence de traitement consistant dans le report à la trente-sixième heure de l'intervention de l'avocat pour les infractions de criminalité organisée. En revanche, le Conseil a censuré la disposition qui privait totalement du droit de s'entretenir avec un avocat une personne placée en garde à vue pour les infractions en matière de stupéfiants ou de terrorisme. Le Conseil a validé ainsi une différence de traitement touchant aux « *modalités d'exercice* » des droits de la défense, et fondée sur des critères objectifs. Il a en revanche censuré une différence de traitement qui privait totalement une personne d'un droit de la défense (cons. 12 à 15).

Le Conseil a, en outre, censuré le régime de la garde à vue des mineurs de 13 ans.

– La décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, a déclaré conformes à la Constitution :

\* le report à la soixante-douzième heure de l'intervention de l'avocat en matière d'infraction relative au terrorisme et aux stupéfiants. Le Conseil a repris la même motivation que celle qui avait conduit à valider le report à la trente-sixième heure en matière de délinquance organisée, (cons. 19) ;

\* la retenue des mineurs de 13 ans compte tenu de la gravité des infractions pour lesquelles cette mesure est réservée et du contrôle renforcé de l'autorité judiciaire ;

– La décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, a validé, pour les mineurs de 13 ans, le dispositif qui abaissait de sept à cinq ans la durée de la peine d'emprisonnement encourue à partir de laquelle la retenue est possible et qui portait de dix à douze heures la durée maximale de la retenue (cons. 36 et 37).

– La décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a validé, en matière de criminalité organisée :

\* le régime de garde à vue dérogatoire, notamment la possibilité qu'un magistrat du siège ordonne deux prolongations de vingt-quatre heures au-delà du premier délai de quarante-huit heures (cons. 23 à 27) ;

\* le report à la quarante-huitième heure de l'intervention de l'avocat. Rappelant que « *constitue un droit de la défense le droit de la personne gardée à vue à s'entretenir avec un avocat au cours de celle-ci* », le Conseil a estimé que le

magistrat du ministère public, informé par l'officier de police judiciaire de la mise en œuvre d'une mesure particulière de garde à vue, devait exercer un contrôle de la qualification des faits (cons. 28 à 34).

### **C. – La question du changement des circonstances**

La Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur six articles du CPP estimant qu'ils n'avaient pas été déclarés conformes à la Constitution « *dans leur intégralité* ». Ce faisant, elle n'a suivi ni l'avocat général qui l'invitait à ne pas transmettre l'article 706-73 et le dernier alinéa de l'article 63-4 du CPP, ni les requérants qui l'invitait à constater certains changements des circonstances justifiant la saisine du Conseil.

La première question que le Conseil constitutionnel devait examiner consistait à apprécier la recevabilité de la QPC au regard du critère posé par le 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel qui dispose qu'il ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une disposition législative qui a « *déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement des circonstances* ».

S'agissant de cette disposition, le Conseil constitutionnel a jugé, d'une part, qu'elle est conforme à l'autorité que l'article 62 de la Constitution reconnaît à ses décisions<sup>20</sup> et, d'autre part, qu'il lui appartient d'en vérifier le respect lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité.<sup>21</sup>

En l'espèce, le Conseil a estimé que s'agissant du septième alinéa de l'article 63-4 du code de procédure pénale et de son article 706-73, la question n'était pas recevable. Il n'en va pas de même des autres articles soumis par la question prioritaire de constitutionnalité.

#### **1. – Le régime de la garde à vue en matière de criminalité et délinquance organisées**

L'article 706-73 du CPP a été spécialement examiné et déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004

---

<sup>20</sup> Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 13

<sup>21</sup> Décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, *Section française de l'observatoire international des prisons*, cons. 3 à 5.

susvisée rendue sur la loi relative à l'évolution de la justice aux évolutions de la criminalité. Il en va de même du dernier alinéa de l'article 63-4 du CPP.

Le Conseil a estimé que depuis mars 2004, il n'y avait pas eu, en matière de lutte contre la criminalité et la délinquance organisées, un « *changement des circonstances* » de nature à justifier un réexamen de ces dispositions. Il a donc dit n'y avoir lieu à statuer sur le septième alinéa de l'article 63-4 du CPP et son article 706-73. On relèvera que la rédaction de la motivation est très directement inspirée de celle retenue dans la décision *Section française de l'OIP* précitée.

## **2. – Le régime de droit commun de la garde à vue**

S'agissant en revanche du régime de droit commun de la garde à vue, le précédent susceptible d'être invoqué et opposé à l'examen par le Conseil constitutionnel des articles contestés est la décision du 11 août 1993 précitée.

Au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1<sup>er</sup> à 6, et 77 du CPP n'ont pas été déclarés conformes à la Constitution. En effet, ces articles résultent principalement de la loi du 4 janvier 1993 précitée, qui n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel. Par conséquent, il n'était pas nécessaire pour le juge de renvoi de constater l'existence d'un changement des circonstances à l'appui de sa décision de saisir le Conseil constitutionnel.

Toutefois, la décision du Conseil constitutionnel du 11 août 1993 avait conduit à valider des dispositions touchant aux conditions de placement d'une personne en garde à vue, au contrôle du parquet sur la mesure de garde à vue et au report de l'entretien avec un avocat à la vingtième heure de garde à vue. En outre, les modifications apportées postérieurement au régime de la garde à vue ont conduit à un dispositif qui, aujourd'hui, présente plus de garanties qu'il n'en présentait en août 1993. La jurisprudence du Conseil constitutionnel du 11 août 1993, si elle avait dû être confirmée en 2010, eût donc nécessairement impliqué que le Conseil déclarât les dispositions déferées conformes à la Constitution.

S'agissant des articles définissant le régime de droit commun de la garde à vue, l'autorité des décisions antérieures du Conseil constitutionnel ne constituait donc pas une question de recevabilité (le critère fixé par le 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'étant pas rempli), mais une question de fond. On sait en effet que, si le Conseil constitutionnel n'a jamais expressément formulé la règle selon laquelle il serait lié par les précédents de sa propre jurisprudence (règle étrangère à la culture jurisprudentielle française), il a, en revanche, tenu à motiver, en analysant le changement des circonstances, l'évolution de sa jurisprudence. Il en est allé ainsi, par exemple, lorsqu'il a jugé

que la règle d'un seuil minimum de deux députés par département, qui avait été validée en 1986<sup>22</sup>, ne pouvait plus être regardée comme conforme au principe d'égalité devant le suffrage<sup>23</sup>.

C'est ainsi en se fondant sur l'existence d'un changement des circonstances que le Conseil constitutionnel a estimé qu'il devait procéder à un réexamen d'ensemble des dispositions encadrant le recours à la garde à vue.

Le Conseil a, en premier lieu, relevé une évolution profonde de la structure de la procédure pénale qui a renforcé le poids de la phase policière dans cette procédure et, par voie de conséquence, celui de la garde à vue, dans la constitution du dossier sur le fondement duquel la personne gardée à vue est jugée.

La conception restrictive du respect des droits de la défense en garde à vue trouve son fondement dans une conception traditionnelle de la procédure pénale qui paraît datée. À son origine, la procédure pénale française se divise en une phase policière, une phase d'instruction et une phase de jugement. La première phase, secrète, repose sur une logique non judiciaire d'efficacité de l'enquête de police judiciaire : constater les infractions, collecter les preuves, interpeler les auteurs. Les droits de la défense y occupent logiquement une place moindre. La seconde phase, non publique mais contradictoire, tend à la préparation du dossier, à charge et à décharge, qui constituera le support écrit de la phase de jugement public.

Or, cette conception tripartite est en réalité largement contredite. Le juge d'instruction n'est saisi que dans moins de 3 % des affaires jugées par les tribunaux correctionnels. Dans tous les autres cas, la décision de mise en œuvre de l'action publique par le parquet fait passer directement de la phase de l'enquête policière à la phase de jugement. Cette évolution s'est trouvée accrue avec la mise en œuvre du traitement dit « en temps réel » de la procédure. Cette pratique a été initiée au début des années 1990 et généralisée à l'ensemble des parquets à partir de 1995 pour assurer l'effectivité de la « réponse pénale », raccourcir les délais d'audiencement et limiter le nombre de jugement par défaut. Elle consiste dans l'obligation, pour l'OPJ chargé de l'enquête dans les affaires où l'auteur des faits est identifié, de solliciter la décision du procureur de la République sur l'action publique alors que la personne en cause est encore présente dans les locaux du service de police ou de gendarmerie. Le traitement en temps réel et la garde à vue sont donc très étroitement liés : le traitement en

---

<sup>22</sup> Décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, cons. 22.

<sup>23</sup> Décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, cons. 23.

temps réel est, pour le ministère public, un outil de gestion des gardes à vue en cours et le recours à la garde à vue est une garantie de l'efficacité du traitement en temps réel.

En deuxième lieu, le Conseil a relevé les très nombreuses réformes de l'article 16 du code de procédure pénale qui fixe la liste des fonctionnaires de la police nationale et des militaires de la gendarmerie nationale qui ont la qualité d'officier de police judiciaire.

En 1993, l'article 16 du CPP définissait une liste relativement limitée des fonctionnaires de police et des militaires de la gendarmerie ayant l'habilitation d'officier de police judiciaire. Par des réformes successives dont le nombre et la fréquence impressionnants ne sont malheureusement pas inhabituels s'agissant de la procédure pénale, la qualité d'OPJ a été donnée à un nombre accru de policiers et de gendarmes. Les exigences d'ancienneté et/ou de grade ont ainsi été abaissées dans des conditions qui ont permis que, sur la période 1993-2009, le nombre des OPJ ait ainsi plus que doublé, passant de 25 000 à 53 000.

Le Conseil constitutionnel a relevé la tendance à la banalisation de la garde à vue. Reprenant les chiffres qu'il avait sollicités du Gouvernement, il a constaté que plus de 790 000 mesures de garde à vue avaient été décidées en 2009. Outre ce chiffre, le Conseil a également pris en considération l'évolution dans l'importance accrue de la phase policière, du fait de la quasi-disparition de la phase d'instruction.

Le Conseil n'a pas considéré que l'augmentation du nombre d'OPJ, le développement du traitement en temps réel des procédures pénales ou même l'augmentation du nombre de gardes à vue étaient, en elles-mêmes, contraires à la Constitution. Il a toutefois estimé que cette évolution appelait une évolution corrélative des garanties encadrant le recours à la garde à vue, son déroulement et la protection des droits de la défense.

#### **D. – La contrariété à la Constitution du régime de droit commun de la garde à vue**

Le Conseil constitutionnel a examiné successivement les trois griefs : la dignité de la personne, le contrôle de l'autorité judiciaire sur la privation de liberté et le principe dit de « *rigueur nécessaire* ». C'est ce dernier grief qui a été retenu et a fondé la décision de censure.

## 1. – La dignité de la personne

La dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et d'asservissement constitue une exigence constitutionnelle que le Conseil constitutionnel a fondée sur l'introduction du Préambule de la Constitution 1946<sup>24</sup>. À l'occasion de l'examen de la loi pénitentiaire, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de faire application de ce principe en matière de privation de liberté en jugeant qu'il appartient « *au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne* »<sup>25</sup>. Toutefois, ce principe n'est pas de nature à permettre au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle des conditions matérielles dans lesquelles les gardes à vue sont mises en œuvre. Seules les dispositions législatives qui, par elles-mêmes, y compris par leur insuffisance, porteraient atteinte à la dignité ou priveraient de garanties légales cette exigence, pourraient faire l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil a donc rappelé qu'il appartenait aux autorités de police judiciaire et aux autorités judiciaires de veiller à ce que les mesures de garde à vue soient toujours mises en œuvre dans le respect de la personne. Il a également rappelé la compétence de l'autorité judiciaire pour, d'une part, prévenir ou sanctionner les éventuels manquements à cette exigence dans le cadre des compétences qu'elle tient du CPP (contrôle et visite des lieux de garde à vue, régime des nullités, discipline des OPJ) ou du code pénal et, d'autre part, ordonner la réparation des préjudices qui auraient pu en résulter.

## 2. – Le contrôle de l'autorité judiciaire

On sait que l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose que toute personne arrêtée soit présentée « *aussitôt* » devant « *un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ». À propos de l'affaire dite « *Medvedyev* », la CEDH a rappelé que le parquet ne constitue pas une juridiction au sens de cet article<sup>26</sup>. Cela interdit que la présentation à un magistrat du parquet d'une personne privée de sa liberté puisse satisfaire à l'exigence imposée par cet article.

---

<sup>24</sup> Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

<sup>25</sup> Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, cons. 3.

<sup>26</sup> CEDH, grande chambre, du 29 mars 2010 *Medvedyev et autres contre France*, n° 3394/03.



Tirant argument de cette jurisprudence, certains requérants soutenaient que le contrôle de la garde à vue par le procureur de la République serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et, par extension, à l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle.

Un tel argument était doublement erroné tant au regard de la jurisprudence de la CEDH que de celle du Conseil constitutionnel.

Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle a fait l'objet de décisions de la CEDH et du Conseil constitutionnel qui conduisent à des exigences qui, en pratique, sont analogues, bien que les normes de référence soient différentes.

L'argumentation selon laquelle le contrôle du parquet, sur la garde à vue ne satisfait pas à la Convention européenne des droits de l'homme résulte d'une lecture erronée de la jurisprudence de cette dernière. Si l'article 63 du CPP implique que le procureur de la République soit averti du placement en garde à vue dans les plus brefs délais possible, ce qui signifie immédiatement, sauf circonstances particulières imposant le report de cette information, en revanche, l'article 5 § 3 de la Convention européenne n'a jamais signifié que la présentation devant une autorité judiciaire ait lieu immédiatement.

La Cour européenne n'a, à ce jour, jamais fixé à quel laps de temps correspond l'exigence de traduire « aussitôt » devant un juge une personne privée de liberté. En se fondant sur la divergence entre les versions française et anglaise de la Convention (en anglais « promptly »), la Commission a longtemps estimé qu'une période de quatre jours, en cas d'infraction pénale de droit commun, et de cinq jours, dans des hypothèses exceptionnelles, peut passer pour compatible avec la condition de célérité fixée à l'article 5 § 3 de la Convention. Toutefois, la décision *Brogan*, en 1988<sup>27</sup>, a mis fin à cette position. Saisie d'une affaire de terrorisme dans laquelle la garde à vue avait duré quatre jours et six heures, la Cour a, tout en admettant que la nature des infractions en cause pouvait justifier un délai plus long qu'en matière d'infraction de droit commun, jugé qu'« on élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d'" aussitôt " si l'on attachait aux caractéristiques de la cause un poids assez grand pour justifier une si longue détention sans comparution devant un juge ou un " autre magistrat" » (§ 62).

La Cour s'est jusqu'à présent gardé de fixer le délai maximal dans une procédure de droit commun. La seule certitude est que le délai avant

---

<sup>27</sup> CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres*. Royaume Uni, n<sup>os</sup> 11209/84 ; 1123/84 ; 11266/84 ; 11386/85.

présentation devant un juge, en matière de procédure exceptionnelle, peut aller, pour un majeur, jusqu'à quatre jours<sup>28</sup>. En matière d'infraction de droit commun, le délai paraît plus court puisque la Cour a déjà constaté une violation pour un délai de trois jours et vingt-trois heures<sup>29</sup>.

Dans l'arrêt *Medvedyev*, la Cour a rappelé la jurisprudence *Brogan* (§ 121) sans apporter d'autre précision.

En tout état de cause, en droit français, le délai pendant lequel la privation de liberté d'une personne suspectée est placée sous le contrôle du parquet est plus court que le délai avant l'expiration duquel la Cour européenne exige l'intervention d'un juge.

– Dès sa décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel a jugé qu'au-delà de quarante-huit heures « *l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas<sup>30</sup>, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution* » (cons. 25). C'est le même raisonnement qui guide le Conseil dans ses décisions n°s 86-213 DC du 3 septembre 1986 (cons. 17)<sup>31</sup>, pour la prolongation de la garde à vue en matière de terrorisme, et 2004-492 DC du 2 mars 2004 (cons. 25 et 27), pour la garde à vue en matière de criminalité organisée.<sup>32</sup>

Dans sa décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, le Conseil, saisi de la question de la prolongation de la garde à après les premières vingt-quatre heures, a jugé, que, « *si l'intervention d'un magistrat du siège peut être requise pour certaines prolongations de la garde à vue, l'intervention du procureur de la République dans les conditions prévues par la loi déférée ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution* » (cons. 5).

---

<sup>28</sup> CEDH, deuxième section, 3 février 2009, *Ipek et autres c. Turkey*, n° 17019/02 et 300070/02, §36 : « *The Court reiterates that it has held, on many occasions, that the strict time constraint imposed for detention without judicial control is a maximum of four days (see McKay, cited above, § 47, in fine) In the instant case the applicants were brought before a judge approximately three days and nine hours after their arrest. As such, the length of the applicants' detention in police custody is, prima facie, compatible with the requirements of Article 5 § 3.* »

<sup>29</sup> CEDH, cinquième section, 6 novembre 2008, *Kandjov c. Bulgarie*, n° 68294/01, § 66 : « *In the present case the applicant was brought before a judge three days and twenty-three hours after his arrest (see paragraphs 13 and 20 above). In the circumstances, this does not appear prompt.* »

<sup>30</sup> Il s'agissait d'infractions de grand banditisme (enlèvement, séquestration, hold-up...).

<sup>31</sup> « *Cet article exige que la prolongation de la garde à vue soit subordonnée à une décision du magistrat du siège [...] dès lors, les dispositions de l'article 706-23 nouveau du code de procédure pénale ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution.* »

<sup>32</sup> « *L'article 706-88 subordonne la prolongation de la garde à vue à une décision écrite et motivée d'un magistrat du siège (...) dans ces conditions, [ces dispositions] ne portent pas une atteinte excessive à la liberté individuelle.* »

S'agissant des pouvoirs du parquet de faire obstacle à une décision de mise en liberté prononcée par un magistrat du siège, le Conseil les a déclarés conformes à la Constitution dans la mesure où ils étaient enserrés dans de très brefs délais et que l'intervention d'un magistrat du siège était requise soit sans délai<sup>33</sup>, soit au plus tard le deuxième jour ouvrable<sup>34</sup>.

Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil a confirmé sa jurisprudence sur ce point. Il a rappelé qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet. Il a confirmé qu'au-delà de quarante-huit heures de privation de liberté, l'article 66 de la Constitution impose que la privation de liberté soit placée sous le contrôle d'un magistrat du siège. Il en a logiquement déduit que les pouvoirs reconnus au procureur de la République pour contrôler la garde à vue et le cas échéant autoriser son renouvellement ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution.

### **3. – Le principe de « *rigueur nécessaire* »**

Le principe dit « de rigueur nécessaire » résulte de l'article 9 de la Déclaration de 1789 qui énonce que « *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* ». Il en résulte que le Conseil constitutionnel exerce 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, le contrôle de la rigueur nécessaire est donc le principe cardinal de contrôle. C'est dans le cadre de ce contrôle de proportionnalité que le Conseil examine si, au regard des objectifs poursuivis, les atteintes portées aux droits de la défense ne sont pas excessives.

S'agissant de la sauvegarde de l'ordre public, le Conseil reconnaît qu'elle constitue un objectif à valeur constitutionnelle<sup>35</sup>. Quant à la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'elles constituent un objectif nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Décisions n<sup>os</sup> 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 63, et 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 77, rendues toutes deux en matière de rétention administrative des étrangers.

<sup>34</sup> Décision n<sup>o</sup> 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 74, relative à l'appel suspensif du parquet des décisions du juge des libertés et de la détention au cours de la procédure pénale.

<sup>35</sup> Décision n<sup>os</sup> 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 12, et 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 11.

<sup>36</sup> Décision n<sup>o</sup> 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3.

Le respect des droits de la défense est une exigence constitutionnelle reconnue par le Conseil constitutionnel de longue date. Le Conseil avait d'abord rattaché cette exigence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>37</sup>.

Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil rattache le respect des droits de la défense à l'article 16 de la Déclaration de 1789<sup>38</sup>. Il a, en effet, rattaché à cet article 16 l'ensemble des exigences qui garantissent le droit à une procédure juste et équitable (garantie des droits et séparation des pouvoirs<sup>39</sup>, droit à un recours effectif, droits de la défense<sup>40</sup>, droit à un procès équitable<sup>41</sup>, impartialité et indépendance des juridictions<sup>42</sup>).

Procédant à l'examen des dispositions qui encadrent le recours à la garde à vue, le Conseil a jugé que la conciliation entre d'une part l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, la protection des droits de la défense, ne pouvait plus être regardée comme proportionnée.

La disproportion tient en premier lieu au champ d'application de la garde à vue. Celle-ci est juridiquement possible même pour des infractions qui ne sont pas punies d'une peine d'emprisonnement. Sauf en matière de flagrance, compte tenu de l'article 67 du CPP qui limite cette procédure aux délits punis d'emprisonnement, la lettre du CPP n'interdit pas la garde à vue pour une contravention ou certains délits non punis d'emprisonnement (défaut d'assurance, délits de presse ou certains délits du code de la consommation). Un raisonnement de proportionnalité, qu'impose le septième alinéa de l'article préliminaire du CPP, devrait conduire à ce qu'aucune mesure de contrainte physique ne puisse être employée dans une procédure pénale pour des infractions non punies d'emprisonnement. Toutefois, l'exemple de l'utilisation du mandat d'amener contre un journaliste dans une procédure de diffamation a montré que ce raisonnement de proportionnalité n'est pas toujours appliqué.

---

<sup>37</sup> Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 29 ; 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 44 ; 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, cons. 5 ; 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 38.

<sup>38</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11.

<sup>39</sup> Décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, cons. 51.

<sup>40</sup> Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

<sup>41</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11.

<sup>42</sup> Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

De la même manière, la question se pose du recours à la garde à vue en matière d'infraction au code de la route. Les statistiques données par le Premier ministre montraient que plus de 170 000 mesures de garde à vue ont été ordonnées en matière routière alors que le principe, énoncé par le code de la route, est qu'en cette matière le pouvoir des OPJ de placer une personne en garde à vue fait l'objet de dispositions plus restrictives<sup>43</sup>.

Enfin et fondamentalement, le simple fait que la même mesure de contrainte (mêmes conditions de placement en garde à vue, même durée, mêmes droits et même contrôle de l'autorité judiciaire) s'applique à l'assassin comme au débiteur de pension alimentaire à jour de ses obligations mais qui n'a pas déclaré son adresse à son ex-conjoint souligne un problème aigu de proportionnalité...

En deuxième lieu, la disproportion tient à l'insuffisance des droits de la défense. Le fait qu'une personne puisse être interrogée en garde à vue sans le concours effectif d'un avocat et que cette interdiction soit générale est apparu excessif au Conseil constitutionnel. Le Conseil a reconnu que certaines circonstances pouvaient justifier, pour la collecte ou la conservation des preuves ou pour la protection des personnes, que des restrictions soient apportées aux droits de la défense pendant la garde à vue. Le Conseil constitutionnel n'a donc pas reconnu un droit général à l'assistance d'un avocat en garde à vue. Il a, en revanche, considéré que la règle générale privant d'assistance en garde à vue était une restriction disproportionnée aux droits de la défense. Le Conseil a relevé, à titre surabondant, que la personne gardée à vue n'est pas même informée de son droit de garder le silence.

## **E. – Les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité**

Le Conseil constitutionnel a reporté au 1<sup>er</sup> juillet 2011 les effets de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution. Il a précisé que les mesures mises en œuvre avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne pourraient être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Ce report dans le temps des effets de sa décision revêt un caractère exceptionnel car, comme le Conseil l'a souligné, il déroge au principe selon lequel la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier au justiciable qui a présenté une question prioritaire de constitutionnalité. Il est fondé sur deux arguments.

– D'une part, la décision du Conseil constitutionnel consiste à considérer que, dans leur ensemble, les règles qui encadrent la garde à vue n'apportent pas une

---

<sup>43</sup> Article L. 130-2 du code de la route : « *Les fonctionnaires mentionnés à l'article L. 130-1 ne peuvent en aucun cas décider des mesures de garde à vue ni procéder à la visite des véhicules.* »

protection proportionnée aux actes pour lesquels elle est mise en œuvre et aux atteintes qui résultent de sa mise en œuvre. Cette disproportion est venue au fil du temps, par l'accumulation de règles successives. Depuis la décision du 11 août 1993, la gravité de l'atteinte qui résulte de la garde à vue et les garanties qui l'entourent sont devenues inadaptées à une utilisation ordinaire de cette mesure que permet désormais le CPP.

Le Conseil n'a donc pas désigné celles des règles de procédure pénale qui doivent être modifiées. Il a rappelé qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il a ainsi rappelé la liberté du législateur de choisir entre les différentes options possibles pour remédier à l'inconstitutionnalité, par exemple en se fondant sur le seuil de gravité des infractions en cause ou sur les modalités concrètes de l'assistance de l'avocat. De même, le Conseil n'avait pas à se substituer au Parlement pour indiquer si la restriction aux droits de la défense devait être laissée à l'appréciation, au cas par cas, des autorités judiciaires ou résulter de catégories précisément définies par la loi.

– D'autre part, le Conseil constitutionnel a estimé que l'application immédiate de l'abrogation des articles encadrant le recours à la garde à vue aurait des conséquences manifestement excessives au regard des objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction. En effet, la garde à vue n'aurait plus de support légal et toutes les poursuites subséquentes à une mesure de garde à vue seraient mises en péril. Sur ce point, le report dans le temps de l'abrogation est fondé sur des considérations analogues à celles qui avaient conduit le Conseil constitutionnel, pour la première fois, à reporter les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi sur les OGM<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 58.