

Décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012

Mme Maryse L.

(Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 septembre 2012 d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par Mme Maryse L. devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles et renvoyée par la chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt n° 5082 du 11 septembre 2012). Cette QPC porte sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale (CPP) relatif à l'expertise en matière pénale.

Dans sa décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les mots « avocats des » du premier alinéa de l'article 161-1 du CPP.

I. – Exposé de la question

A. – Objet des dispositions contestées

La disposition contestée figure au sein des dispositions consacrées à l'expertise qui, en matière pénale, est régie par les articles 156 et suivants du CPP et présente un caractère facultatif en ce sens « *qu'il appartient au seul juge de l'ordonner* »¹.

Le premier alinéa de l'article 156 du CPP dispose ainsi que « *Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise. Le ministère public ou la partie qui demande une expertise peut préciser dans sa demande les questions qu'il voudrait voir poser à l'expert* ». Le deuxième alinéa de cet article prévoit que « *Lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les dispositions des avant-dernier et dernier alinéas de l'article 81 sont applicables* ».

¹ J.-L. Croizier, C. Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Expertise, Rép. Dalloz, n° 86, 2012.

L'expertise peut ainsi intervenir en présence d'une question technique que le juge ne peut traiter lui-même (expertise médicale, psychologique, technique, scientifique, comptable...). Elle doit cependant être distinguée des constatations ou examens techniques et scientifiques qui, ne pouvant être différés, sont effectués dans le cadre des articles 60 et 77-1 du CPP sur réquisitions de l'officier de police judiciaire (OPJ) ou du procureur de la République.

Le premier alinéa de l'article 161-1 du CPP a pour objet de préciser les destinataires de la notification de la copie de l'ordonnance de commission d'expert et d'ouvrir, à leur profit, un délai pendant lequel ils peuvent formuler des demandes portant sur la définition de la mission de l'expert ou tendant à adjoindre à l'expert un expert de leur choix.

B.- Historique

La disposition contestée est issue de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, qui a consacré certaines des préconisations de la commission parlementaire chargée d'analyser les suites de l'affaire dite d'Outreau².

Le législateur a ainsi souhaité renforcer le caractère contradictoire de l'expertise, en permettant aux parties de faire des demandes au juge afin d'aménager les modalités de la mesure d'expertise (choix de l'expert, questions posées, etc...).

Sur le plan historique, ce renforcement du caractère contradictoire de l'expertise apparaît comme une reprise d'orientations passées. Le code de procédure pénale issu de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 prévoyait, sous certains aspects, des dispositions proches voire plus protectrices encore des droits des parties lors de l'expertise. Ainsi, le système retenu à l'époque – vivement critiqué en tant qu'il conférait à l'inculpé le droit d'obtenir la désignation d'un second expert³ – imposait la notification de la décision ordonnant l'expertise aux parties elles-mêmes (à l'exclusion d'ailleurs de leurs avocats)⁴.

² A. Vallini et Ph. Houillon, *Au nom du peuple français, juger après Outreau, Rapport de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, Assemblée nationale, Rapport n° 3125, juin 2006.

³ Cf. notamment : M. Aydalot, Quelques questions à propos de l'expertise, *Recueil Droit pénal*, 1958, p. 41. Antérieurement, pour une critique des systèmes dits « d'expertise contradictoire » : R. Vouin, « Le juge et son expert », *Dalloz*, 1955, chron., p. 131, spéc. p. 134.

⁴ Cf. ancien art. 159 du CPP. *Adde* par ex. : A. Besson, « Des règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale », *Dalloz*, 1960, chron., p. 10, n° 21 et 25 et la note 19 col. droite (précisant d'ailleurs que si la décision doit être notifiée aux parties, elle ne doit pas l'être aux avocats, aux motifs que « c'est parce que la procédure est à son début que les parties ont été seules prises en considération »).

Ces dispositions ont fait l'objet de nombreux remaniements emportant autant de modifications de l'article 159 du CPP. Ainsi, dans le système mis en place par l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960⁵, deux experts au moins devaient être désignés, la désignation d'un expert unique ne pouvant intervenir que dans des « *circonstances exceptionnelles* » et à la condition que le juge notifie aux parties intéressées son intention de ne désigner qu'un seul expert. Puis, avec la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985⁶, le législateur est revenu à la désignation d'un expert unique, sauf si les circonstances imposent de recourir à plusieurs experts. À cette époque, aucun mécanisme d'information des parties n'était prévu. Ensuite, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993⁷ a ajouté un troisième alinéa à l'article 159, en précisant que le juge « *avise aussitôt les parties de sa décision* ». Cet ajout a été aussitôt supprimé par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

La disposition contestée, qui renforce le caractère contradictoire de l'expertise judiciaire par rapport au droit antérieur, résulte d'une longue évolution des dispositions consacrées à l'expertise en matière pénale. Elle introduit toutefois une distinction qui ne figurait pas antérieurement entre les parties assistées par un avocat et les parties qui se défendent seules.

C. – Portée de la disposition

Le premier alinéa de l'article 161-1 du CPP comporte, à l'égard des parties privées, un double objet. D'une part, en imposant la notification de la copie de l'ordonnance prononçant l'expertise aux avocats des parties, ce texte leur permet de prendre connaissance des questions qui seront posées à l'expert ainsi que de l'identité même de l'expert. D'autre part, et dans le prolongement, cette disposition ouvre aux parties visées « *un délai de dix jours pour demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes mentionnées à l'article 157* » du CPP.

La méconnaissance de l'obligation de notification est sanctionnée par la nullité de l'ordonnance, puisqu'il ne peut y être dérogé « *que lorsque les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions par l'expert doivent intervenir en urgence et ne peuvent être différés pendant le délai de dix jours* » prévu par

⁵ Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 modifiant certaines dispositions du code pénal, du code de procédure pénale et des codes de justice militaire pour l'armée de terre et pour l'armée de mer en vue de faciliter le maintien de l'ordre, de la sauvegarde de l'État et la pacification de l'Algérie.

⁶ Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal

⁷ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

l'article 161-1⁸. En outre, il a été jugé que seules les parties assistées par un avocat peuvent réclamer le bénéfice de cette disposition, à l'exclusion des témoins assistés qui ne sont pas mentionnés par le texte⁹.

Le deuxième alinéa de l'article 161-1, qui n'était pas contesté par la requérante, complète le premier alinéa en précisant les moyens offerts aux parties pour contester, le cas échéant, le silence conservé par le juge ou l'ordonnance par laquelle il refuse de faire droit à la demande de modification des modalités de l'expertise et de son déroulement. Il prévoit ainsi que :

« Si le juge ne fait pas droit, dans un délai de dix jours à compter de leur réception, aux demandes prévues au premier alinéa, il rend une ordonnance motivée. Cette ordonnance ou l'absence d'ordonnance peut être contestée dans un délai de dix jours devant le président de la chambre de l'instruction. Ce dernier statue par décision motivée qui n'est pas susceptible de recours ».

Les autres alinéas de l'article 161-1 précisent, notamment, le champ d'application de la disposition envisagée, et prévoient que :

« Le présent article n'est pas applicable lorsque les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions par l'expert doivent intervenir en urgence et ne peuvent être différés pendant le délai de dix jours prévu au premier alinéa ou lorsque la communication prévue au premier alinéa risque d'entraver l'accomplissement des investigations.

« Il n'est pas non plus applicable aux catégories d'expertises dont les conclusions n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen et dont la liste est fixée par décret.

« Les parties peuvent déclarer renoncer, en présence de leur avocat ou celui-ci dûment convoqué, à bénéficier des dispositions du présent article ».

Il faut cependant ajouter que les parties non assistées par un avocat disposent, par ailleurs, de pouvoirs importants et peuvent ainsi :

– prendre l'initiative de demander une expertise au juge. Dans cette hypothèse, *« Lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les dispositions des avant-*

⁸ Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2009, n° 09-83669, publié ; Cass. crim., 22 novembre 2011, publié, 11-84314.

⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 14 décembre 2011, n° 11-85753, publié.

dernier et dernier alinéas de l'article 81 sont applicables » (art. 156, al. 2 du CPP) ;

– demander, au cours de l'expertise, qu'il soit prescrit aux experts d'effectuer certaines recherches (art. 165 CPP) ;

– se voir notifier les conclusions du rapport de l'expert (mais non le rapport lui-même, *cf.* art. 167, al. 1^{er} CPP) ;

– à compter de la notification du rapport ou des conclusions, se voir fixer un délai pour présenter leurs observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise (art. 167, al. 3 CPP).

La différence de traitement instaurée par la disposition contestée selon que les parties sont ou non assistées par un avocat doit être rapprochée d'autres dispositions du CPP, qui opèrent une distinction identique.

D. – L'avocat et les parties dans l'instruction pénale

– Le droit de toute personne mise en examen de bénéficier de l'assistance d'un avocat est précisément garanti : le quatrième alinéa de l'article 116 du CPP prévoit que, lors de sa première comparution devant le juge d'instruction, la personne mise en examen qui n'est pas assistée d'un avocat est informée de son droit d'en désigner un ou de demander à ce qu'il lui en soit désigné un d'office. Lorsqu'une personne est convoquée aux fins de mise en examen, la convocation mentionne un avis identique (article 80-2 du CPP).

Le témoin assisté reçoit la même information avant d'être entendu (article 113-4).

Les victimes sont informées, dès le début de l'instruction, de leur droit de se constituer partie civile et d'être assistées d'un avocat, le cas échéant commis d'office (article 80-3 du CPP).

Il convient de préciser que la commission d'office de l'avocat n'implique pas le bénéfice de l'aide juridictionnelle : la personne qui demande un avocat commis d'office n'a que l'assurance de la présence d'un avocat désigné par le bâtonnier, cette présence n'étant pas subordonnée à la solvabilité du justiciable. Et ce dernier devra verser des honoraires à l'avocat s'il ne remplit pas les conditions prévues pour bénéficier de l'aide juridictionnelle totale.

Le choix de l'avocat et, le cas échéant, le remplacement de l'avocat en cours de procédure font l'objet d'un certain formalisme, organisé par l'article 115 du CPP depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 qui a entendu prévenir les nullités qui pourraient résulter d'erreurs de notification ou de convocation à raison d'un changement d'avocat¹⁰.

– Le CPP prévoit des droits qui sont réservés aux avocats dans la procédure. De façon générale, dans la procédure pénale, le nombre de ces privilèges est en diminution. Ainsi, depuis la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal, toutes les ordonnances du juge d'instruction sont notifiées à l'avocat et aux parties. Par ailleurs, devant la juridiction de jugement, les parties privées peuvent obtenir une copie des pièces de la procédure à leurs frais. Après avoir longtemps limité ce droit en matière correctionnelle, la Cour de cassation l'a reconnu par deux arrêts du 12 juin 1996 sur le fondement de l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH)¹¹. Toute personne majeure peut en principe choisir de se défendre seule. Les exceptions sont rares : d'une part devant la cour d'assises où l'accusé est obligatoirement assisté d'un défenseur¹², d'autre part dans des cas de vulnérabilité du prévenu, lorsqu'il est mineur¹³, lorsqu'il fait l'objet d'une mesure de protection juridique¹⁴ ou lorsqu'il est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense¹⁵.

Au cours de l'instruction, l'avocat de la personne mise en examen bénéficie de droits que celle-ci ne pourrait exercer seule. Ainsi, seul l'avocat peut consulter le dossier de l'information et se faire délivrer une copie des pièces. La loi du 30 décembre 1996¹⁶ a instauré un dispositif permettant à l'avocat de communiquer certaines pièces à son client après une déclaration d'intention au greffe du tribunal et sous réserve de l'absence d'opposition du juge d'instruction, motivée par les risques de pressions (article 114 du CPP).

– Les parties peuvent demander qu'un acte d'instruction soit accompli en présence de leur avocat (article 82-2 du CPP), alors qu'elles ne peuvent demander à assister elles-mêmes à un tel acte - ce qui ne prive pas le juge, s'il le souhaite, de les convoquer en vue de les entendre à l'occasion d'un acte d'instruction, par exemple, pour une reconstitution.

¹⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 adaptant la justice aux évolutions de la criminalité, article 117.

¹¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juin 1996, n° 95-82735 et 96-80219 et *Bulletin* n° 248.

¹² CPP, article 317.

¹³ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, articles 4-1, 7-2 et 14-2.

¹⁴ CPP, article 706-112 et 706-116.

¹⁵ CPP, article 417, alinéa 4.

¹⁶ Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, article 2.

– Si les conclusions des rapports d’expertise et des examens techniques ou scientifiques sont portées à la connaissance des parties et des avocats, seuls ces derniers se voient remettre une copie de l’intégralité du rapport d’expertise (article 167).

– Devant la chambre de l’instruction, le dossier est ouvert à la consultation pour les seuls avocats (article 197) et seul l’avocat est entendu. La comparution personnelle de la personne concernée est de droit si elle le demande, sauf en matière de détention provisoire où elle est soumise à des limitations destinées à éviter les transferts répétés entre la maison d’arrêt et la cour d’appel (article 199).

– Les limitations des droits de la personne qui se défend seule ont, pour certaines, été soumises à la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH) sur le fondement de l’article 6 § 3 de la CESDH et en particulier son *c*) qui reconnaît à tout accusé le droit de « *se défendre lui-même* ». Dans un arrêt *Foucher c. France* du 18 mars 1997¹⁷, la CEDH avait condamné la France au motif qu’un prévenu n’avait pas eu communication de son dossier pénal devant le tribunal de police alors qu’il avait choisi de se défendre seul, comme la loi française le permet. Cet arrêt relève d’ailleurs, dans sa motivation, le revirement de jurisprudence opéré par les arrêts de la Cour de cassation du 12 juin 1996 précités.

Plus récemment, dans une affaire *Menet c. France* du 14 juin 2005¹⁸, où le requérant était une partie civile qui avait choisi de se défendre seule et n’avait pu accéder au dossier, la CEDH a jugé que l’article 6 § 1 (seul applicable s’agissant d’une victime) n’avait pas été méconnu. La Cour a considéré que l’objectif de préserver le secret de l’instruction constituait un but légitime et, d’autre part, que le requérant n’était pas accusé.

II. – Examen de constitutionnalité

La requérante reprenait, pour l’essentiel, l’argumentation développée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2011-160 QPC¹⁹ et soutenait, qu’ en prévoyant que la notification de la copie de la décision ordonnant l’expertise est réservée aux avocats des parties et en plaçant les parties non assistées ou représentées par un avocat dans l’impossibilité de formuler des observations ou

¹⁷ CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c France*, n°22209/93.

¹⁸ CEDH, deuxième section, 14 juin 2005, *Menet c. France*, n° 39553/02.

¹⁹ Décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011, *M. Hovanés A. (Communication du réquisitoire définitif aux parties)*.

des demandes au vu de cette décision, la disposition contestée porte atteinte aux droits de la défense, au principe du contradictoire, ainsi qu'au principe d'égalité des citoyens devant la loi.

Dans ses observations, le Gouvernement se bornait à soutenir que les parties qui ne sont pas assistées par un avocat peuvent, d'une part, demander à l'expert d'effectuer certaines recherches en vertu de l'article 165 du CPP et, d'autre part, demander une expertise ou une contre-expertise.

Au regard des principes dégagés par la jurisprudence constitutionnelle (A.), le Conseil a estimé que la disposition contestée devait être déclarée contraire à la Constitution (B.).

A. – Les principes

1. – Le droit à un procès équitable

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'équilibre des droits des parties met en jeu à la fois le principe d'égalité devant la justice, garanti par l'article 6 de la Déclaration de 1789, et les droits que son article 16 garantit, notamment le droit à un recours juridictionnel effectif et les droits de la défense. Le Conseil juge ainsi, à l'appui de ces deux normes, que *« si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »*²⁰.

Sur ce fondement, le Conseil a déjà jugé que l'article 575 du CPP, qui limitait le droit de la partie civile de se pourvoir en cassation, méconnaissait ces exigences. Tout en reconnaissant que *« la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public »*, il a considéré que, compte tenu des droits qui sont reconnus à la partie civile au cours de l'instruction par le CPP, son article 575 *« apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense »* (cons. 8).

Au sujet de la procédure d'examen par le juge des libertés et de la détention de la demande de mise en liberté d'une personne placée en détention provisoire, le Conseil constitutionnel a jugé *« que l'équilibre des droits des parties interdit*

²⁰ Décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres (Article 575 du code de procédure pénale)*, cons. 4.

que le juge des libertés et de la détention puisse rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public »²¹. Si, dans cette décision, le Conseil constitutionnel a estimé que le juge ne pouvait refuser une demande de mise en liberté sans que les réquisitions du parquet aient été communiquées au demandeur, la formulation retenue par le Conseil ne permettait pas de déduire la réponse à apporter à la question ici posée de savoir si les droits d'une partie qui a choisi de se défendre seule peuvent être inférieurs à ceux d'une partie assistée d'un avocat.

2. – L'avocat dans la procédure pénale

S'agissant, plus précisément, du droit à l'avocat dans la procédure pénale, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est assez abondante.

En janvier 1981²², le Conseil avait censuré une disposition qui permettait au président d'une juridiction d'écarter de la salle d'audience un avocat dans des conditions portant atteinte aux droits de la défense.

Le Conseil a, par la suite, reconnu à trois reprises que le principe du libre entretien avec un avocat d'une personne gardée à vue constitue « *un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale* »²³. Le Conseil a censuré, en 1993, des dispositions qui méconnaissaient ce droit²⁴. En outre, il n'est pas rare que le Conseil relève, parmi les garanties légales assurant le respect des droits de la défense, l'assistance de l'avocat. Il en est allé ainsi en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité²⁵. Enfin, la décision du 30 juillet 2011 sur la garde à vue²⁶ a conduit à imposer l'assistance effective d'un avocat pour toute personne interrogée en garde à vue. Le droit à l'assistance d'un avocat n'est toutefois pas absolu et s'apprécie en fonction de l'utilité des droits de la défense dans chaque étape de la procédure. Le Conseil a ainsi jugé que l'assistance d'un avocat n'est pas requise lors du défèrement devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue²⁷.

²¹ Décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M. (Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention)*, cons. 7.

²² Décision n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 48 à 53.

²³ 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. 12 ; n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, cons. 18 ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 31.

²⁴ Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, précitée, cons. 10 à 15.

²⁵ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, précitée, cons. 108.

²⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*.

²⁷ Décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L. (Défèrement devant le procureur de la République)*, cons. 12.

Toutefois, cette jurisprudence n'est pas ici applicable : la question porte sur l'infériorité des droits d'une personne qui fait le choix de se défendre seule par rapport à celle qui bénéficie de l'assistance d'un avocat. Le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur cette question à deux reprises.

– Dans sa décision du 11 août 1993, le Conseil était saisi de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, par laquelle le législateur a modifié l'article 179 du CPP pour instituer la « purge des nullités » qui résulte de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. Les requérants ont soutenu devant le Conseil que cette disposition aurait pour effet, en l'absence de l'assistance obligatoire d'un avocat, que les droits de la défense ne seraient pas également assurés pour tous. Il a jugé *« qu'assurément les possibilités de vérification de la régularité de la procédure ne sont pas les mêmes selon que la personne concernée dispose ou non de l'assistance d'un avocat ; que toutefois, il appartient à l'intéressé de décider en toute liberté d'être ou de ne pas être assisté d'un avocat, au besoin commis d'office ; que, dès lors, le grief susénoncé ne saurait être accueilli »*²⁸.

– Dans sa décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011²⁹, le Conseil constitutionnel était saisi de la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article 175 du code de procédure pénale, lequel prévoyait que la copie des réquisitions définitives du procureur de la République n'est adressée qu'aux avocats des parties, de sorte que les parties non assistées ne pouvaient en bénéficier. Dans cette décision, il a jugé que ces dispositions étaient contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit, aux motifs que *« les articles 80-2, 80-3 et 116 du code de procédure pénale garantissent le droit des personnes mises en examen et des parties civiles de bénéficier, au cours de l'instruction préparatoire, de l'assistance d'un avocat, le cas échéant commis d'office ; que, toutefois, dès lors qu'est reconnue aux parties la liberté de choisir d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules, le respect des principes du contradictoire et des droits de la défense interdit que le juge d'instruction puisse statuer sur le règlement de l'instruction sans que les demandes formées par le ministère public à l'issue de celle-ci aient été portées à la connaissance de toutes les parties ; que, dans la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article 175 du code de procédure pénale, les mots : « avocats des » ont pour effet de réserver la notification des réquisitions définitives du ministère public aux avocats assistant les parties ; que, par suite, ils doivent être déclarés contraires à la Constitution »*³⁰.

²⁸ 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. 25.

²⁹ Décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011 précitée.

³⁰ Décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011 précitée, cons. 5.

La présente QPC s'inscrit dans le prolongement de ces deux précédents. Commentant la décision n° 2011-160 QPC, le professeur de Lamy a ainsi pu souligner que si l'argumentation retenue par le Conseil « *est parfaitement logique et convaincante (...) elle fait naître des interrogations quant à la constitutionnalité des dispositions qui accordent des droits aux seuls avocats, tel l'article 114 du CPP qui prévoit que seul l'avocat peut consulter le dossier de l'instruction et peut se faire délivrer copie des pièces, l'article 167 qui prévoit la remise de l'intégralité des rapports d'expertise aux seuls avocats, ou encore l'article 197 qui réserve la consultation du dossier devant la chambre de l'instruction également aux seuls avocats* »³¹.

Pour répondre à ces interrogations, dont certaines ont d'ailleurs déjà été examinées par la Cour de cassation³², un raisonnement au cas par cas s'impose. Il convient d'apprécier dans chaque hypothèse si la différence de traitement mise en place est justifiée par les circonstances dans lesquelles la disposition intervient. Le principe dégagé par le Conseil constitutionnel ne saurait aboutir à censurer de manière mécanique la disposition contestée, puisqu'une différence de traitement entre les parties privées selon qu'elles sont ou non assistées par un avocat peut être justifiée par une différence de situation ou par le motif d'intérêt général poursuivi, en particulier la préservation du secret de l'instruction. Les garanties inhérentes au statut de l'avocat (le secret professionnel qui n'est que l'une des facettes de la déontologie des avocats) peuvent ainsi justifier qu'il bénéficie – en particulier au regard du secret de l'instruction – d'informations qui ne peuvent être transmises qu'aux avocats des parties.

³¹ B. de Lamy, : « Les fonctions du principe d'égalité : lutte contre les discriminations et améliorations de la qualité de la législation pénale », *Rev. Sc. Crim.* N° 1, 2012, p. 233. V. aussi A.-S. Chavent-Leclère, *Procédures* janvier 2012, comm. 17.

³² Saisie d'une QPC relative au troisième alinéa de l'article 197 du CPP qui prévoit que seuls les avocats des parties ont accès aux pièces du dossier devant la chambre de l'instruction, la Cour de cassation a rendu un arrêt de non-transmission en relevant que « *la question posée ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux dès lors qu'elle vise à ménager à toute partie à la procédure ayant fait le choix de se défendre sans l'assistance d'un avocat un accès direct à toutes les pièces de l'information et ce chaque fois que la chambre de l'instruction est amenée à se prononcer, à tout moment de la procédure* ». Or, selon la Cour de cassation, « *ni l'exercice des droits de la défense ni les principes d'égalité et du contradictoire commandent qu'il soit ainsi porté une atteinte générale et permanente au secret de l'enquête et de l'instruction dont le respect est garanti par la communication du dossier aux seuls avocats, en raison du secret professionnel auquel ils sont astreints* ». Cass. crim., 17 janvier 2012, inédit, 11-90.111. Comp., antérieurement, au regard de l'art. 6§3 de la CEDH, Cass. crim., 4 janvier 1995, *Bull. crim.*, n° 1, 93-85135, 93-85141, 93-85143, 94-84899 (« *qu'il ne saurait être fait grief à la chambre d'accusation d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles invoquées en énonçant que le défaut de délivrance de la copie du dossier d'information ne portait pas atteinte aux droits de la défense ; qu'elle relève, à bon droit, que l'intéressé, en choisissant d'assurer sa défense sans l'assistance d'un avocat, s'est privé du bénéfice des dispositions de l'article 197, dernier alinéa, du Code de procédure pénale qui réservent cette délivrance aux seuls avocats des personnes mises en examen et des parties civiles* »).

B. – Mise en œuvre

Dans la droite ligne de la solution retenue dans la décision n° 2011-160 QPC, le Conseil constitutionnel a estimé que la disposition contestée devait être déclarée contraire à la Constitution.

Après avoir rappelé le considérant de principe selon lequel il résulte des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 « *que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense* » (cons. 3), le Conseil constitutionnel a exposé les motifs présidant à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées.

Le Conseil a d'abord rappelé « *que les dispositions contestées prévoient la notification au procureur de la République et aux avocats des parties de la décision de la juridiction d'instruction ordonnant une expertise afin que les destinataires de cette notification soient mis à même, dans le délai imparti, de demander au juge d'instruction de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre un expert de leur choix* » (cons. 4). Il a logiquement ajouté « *qu'en l'absence d'une telle notification, les parties non assistées par un avocat ne peuvent exercer ce droit* » (cons. 4). Autrement dit, la notification de la décision ordonnant l'expertise est bien la condition préalable sans laquelle toute demande de modification de cette ordonnance est impossible. Dès lors, faute de notification, les parties non assistées par un avocat se trouvent privées de cette faculté.

Le Conseil constitutionnel ne s'est toutefois pas contenté de relever l'existence de cette différence de traitement. On pouvait en effet soutenir qu'elle était justifiée par une différence de situation liée aux circonstances dans lesquelles l'expertise intervient, et tout particulièrement à la nécessité de préserver le secret de l'instruction. Dans une autre perspective, comme le soutenait le Gouvernement, on aurait pu estimer que l'atteinte aux droits des parties non assistées était relativement mineure et se trouvait, en quelque sorte, compensée par les autres pouvoirs dont elles disposent au cours de l'expertise.

Le Conseil constitutionnel a cependant rejeté ces différents arguments.

D'une part, il a jugé « *que la différence de traitement ainsi instituée entre les parties selon qu'elles sont représentées ou non par un avocat ne trouve pas de justification dans la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de*

l'ordre public ou l'objectif de recherche des auteurs d'infraction, auxquels concourt le secret de l'instruction » (cons. 4). En effet, l'expertise a pour objet de demander à un technicien d'analyser des éléments de preuve qui sont déjà dans la procédure (sous la seule réserve du dossier médical que le juge ne peut consulter) et pour lesquels une analyse technique est nécessaire. Le secret de l'instruction, dont le Conseil constitutionnel a, dans cette décision, précisé les finalités (protection de la vie privée, préservation de l'ordre public et objectif de recherche des auteurs d'infraction), n'est donc pas mis en péril par la communication aux parties de la mission de l'expert. C'est précisément ce qui distingue l'expertise d'autres actes d'instruction (tels que les commissions rogatoires ou les écoutes téléphoniques) qui ne sont, bien évidemment, pas portés à la connaissance des parties avant leur accomplissement.

D'autre part, le Conseil a relevé que cette différence de traitement « *n'est pas davantage compensée par la faculté, reconnue à toutes les parties par le troisième alinéa de l'article 167 du code de procédure pénale, de demander un complément ou une contre expertise* » (cons. 4). Cette dernière prérogative ne peut en effet suffire à purger le dispositif du vice qui l'affecte, puisqu'elle n'est pas équivalente à celle dont les parties privées non assistées par un avocat se trouvent privées. À ce titre, les dispositions contestées interviennent en amont de l'expertise, tandis que l'article 167 du CPP n'intervient qu'en aval. Ces différentes dispositions ne concernent donc pas le même stade de la procédure. Or, sur un plan pratique touchant notamment à la gestion diligente et économe de l'instruction, une demande tendant à compléter la mission de l'expert a plus de chances d'être acceptée si elle est présentée avant le début de l'expertise qu'après le dépôt des conclusions de l'expert. Cette différence de traitement est donc loin d'être anodine et crée un désavantage réel pour les parties non assistées par un avocat.

Dans le prolongement de la décision n° 2011-160 QPC, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé « *que les articles 80-2, 80-3 et 116 du code de procédure pénale garantissent le droit des personnes mises en examen et des parties civiles de bénéficier, au cours de l'instruction préparatoire, de l'assistance d'un avocat, le cas échéant commis d'office ; que, toutefois, dès lors qu'est reconnue aux parties la liberté de choisir d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules, le respect des principes du contradictoire et des droits de la défense impose que la copie de la décision ordonnant l'expertise soit portée à la connaissance de toutes les parties ; que, dans le premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale, les mots : « avocats des » ont pour effet de réserver aux avocats assistant les parties la notification de la copie de la décision ordonnant l'expertise et la faculté de demander au juge d'instruction d'adjoindre un expert ou de modifier ou compléter les questions qui lui sont*

posées ; que, par suite, ils doivent être déclarés contraires à la Constitution » (cons. 4).

S'agissant des effets dans le temps de sa décision, le Conseil constitutionnel a jugé que « *cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de publication de la présente décision* » et, plus précisément, « *qu'elle est applicable à toutes les décisions ordonnant une expertise prononcées postérieurement à la publication de la présente décision* » (cons. 5). Il s'agit donc d'une censure avec effet immédiat mais non rétroactif.