

**LA GARDE A VUE, C'EST GAGNE.  
N'OUBLIONS PAS LA « RETENUE DOUANIERE » !**

**Par XAVIER PERNOT, avocat**

Par une décision qualifiée d'historique par de nombreuses personnalités du monde judiciaire, le Conseil Constitutionnel vient, au cœur de l'actualité médiatique, sociale et politique, d'adopter une position forte et certainement fondatrice de nouveaux progrès pour l'Etat de droit en statuant, sans aucune ambiguïté que le régime de la garde à vue tel que disposé actuellement par la procédure pénale française est anticonstitutionnel :

*« Article 1<sup>er</sup>*

*Les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale et les alinéas 1<sup>er</sup> à 6 de son article 63-4 sont contraires à la constitution. »<sup>1</sup>*

Il s'agit ici certainement de la décision la plus importante et la plus médiatique rendue par le Conseil Constitutionnel dans le cadre du régime nouvellement institué de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (Q.P.C.) entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2010<sup>2</sup>,

Ne nous y trompons pas, cette décision a une double portée symbolique immédiate.

En premier lieu, le Conseil Constitutionnel exprime sa volonté de devenir une véritable juridiction constitutionnelle, comme n'a pas manqué d'ailleurs de l'écrire la presse généraliste<sup>3</sup>.

En second lieu, la solennité recherchée par le Conseil Constitutionnel lors de l'audience publique du 20 juillet 2010 confirme également l'importance que revêtent

---

<sup>1</sup> Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010 disponible sur le site du Conseil Constitutionnel, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) ;

<sup>2</sup> Textes applicables énumérés sur le site du Conseil Constitutionnel, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) :

- Articles 61-1 et 62 de la Constitution ;

- Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ;

- Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ;

- Décret n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ;

- Règlement intérieur du Conseil constitutionnel ;

- Circulaire n° CIV/04/10 du Ministre de la justice et des libertés du 24 février 2010 relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité ;

- Circulaire SG/SADJPV du 1er mars 2010 relative à la présentation du principe de continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel

<sup>3</sup> Alain Salles : « Le Conseil constitutionnel examine solennellement la garde à vue », *Le Monde*, 20 juillet 2010, p 9 ;

les libertés publiques, au regard en particulier de la problématique de la garde à vue<sup>4</sup>. Cette affaire a en effet été évoquée devant une assemblée extrêmement large, composée aussi bien de représentants de l'Etat, de journalistes que d'avocats venus de la France entière<sup>5</sup>.

Ainsi et au-delà du seul débat juridique et technique, il s'agit d'une vraie question politique et de société où les Avocats - hommes et femmes - présents « dans la Cité »<sup>6</sup> doivent jouer et ont joué un rôle majeur.

En effet, au-delà de toute considération personnelle, politique ou philosophique, l'Avocat a un rôle organique, sa mission de protection des personnes, des biens et des droits qui justifient, dans notre société démocratique, tant son statut particulier que son organisation en profession réglementée, maître de son fonctionnement interne et de sa discipline. A cet égard, le titre des différents travaux des commissions ouvertes du Barreau de PARIS regroupés dans l'ouvrage « *L'Avocat dans la cité* » visait justement à rappeler ce rapport consubstantiel entre protection et action de l'Avocat. Il l'a exercé concernant la garde à vue !

Cette réalité nécessite un peu d'histoire. La qualité reconnue – mais toujours menacée - de « l'avocat protecteur – défenseur »<sup>7</sup>, présent pour assister tout un chacun à chaque stade de l'intervention de la police ou des autorités judiciaires et pénales est le résultat d'un long combat.

L'avocat sous l'ancien régime est principalement un avocat d'affaires. Il lui est interdit, par l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de mai 1539 - plus connue pour l'obligation d'utiliser la langue française mais également relative à la procédure criminelle – puis par les Grandes Ordonnances de Colbert de 1670 d'intervenir à quelque niveau que ce soit de l'instruction ou du jugement pénal<sup>8</sup>. L'aveu est alors la base du système judiciaire. De cette situation est résulté un combat permanent et constant depuis 1798 pour que l'Avocat puisse progressivement intervenir le plus tôt possible aux côtés des prévenus, voire des victimes, dans le cadre de la procédure

---

<sup>4</sup> Articles du *Figaro*, *Le Monde*, *La Croix* du 20 juillet 2010 [A compléter] ;

<sup>5</sup> A noter, cependant, l'absence des anciens Présidents de la République Valéry Giscard d'Estaing et Jacques Chirac, ainsi que de Monsieur Jean-Louis Pezant, article précité in *Le Monde*, 20 juillet 2010, p 9.

<sup>6</sup> En référence notamment à la publication de l'Ordre des Avocats de Paris, *L'Avocat dans la cité - Travaux des commissions ouvertes du Barreau de Paris*, 529 pages, novembre 2005 et *L'Avocat dans la cité - Nouveaux enjeux*, 573 pages, décembre 2006, remis notamment gratuitement à l'occasion du premier Campus tenu à la Sorbonne en juillet 2008.

<sup>7</sup> Monsieur Patrick Michaud, Avocat au Barreau de PARIS, Plaquette de campagne, 2006

<sup>8</sup> cf. : Etude publiée par le Cercle du Barreau : « *Bicentenaire de la création des Ordres d'Avocats 1810 - 2010 : de la soumission à la liberté* » par Maître Patrick Michaud, Avocat au Barreau de Paris, page 3 ; « *Histoire des Avocats en France : des origines à nos jours* » par Maître Bernard Sur, 1998, Tableau chronologique en pages 273 et suivantes

pénale. La première consécration est intervenue en 1897 avec la réforme permettant – enfin ! - l'assistance de l'Avocat dans le cadre de l'instruction<sup>9</sup>.

C'est dans cette veine historique que la juridiction constitutionnelle française semble se placer aujourd'hui en ayant décidé de faire droit et répondre positivement aux efforts et combats des Avocats qui ont plaidé sans relâche, face notamment au recours systématique et à une augmentation extrêmement pernicieuse du nombre de gardes à vue, utilisée pour tout type de délits, y compris pour les plus anodins, pour un meilleur encadrement du régime de la garde à vue.

Le gouvernement a désormais jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011 pour modifier les textes actuellement applicables. Monsieur le Premier Ministre François Fillon a immédiatement indiqué, en sa qualité de chef du gouvernement que :

*« Le gouvernement prépare [...] les mesures législatives qui s'imposent. Elles s'inscriront dans le cadre de la réforme d'ensemble de la procédure pénale. Le texte de cette réforme sera transmis dans les prochaines semaines au Conseil Constitutionnel. »*

Si une réelle victoire peut-être aujourd'hui affichée, il convient d'éviter qu'elle ne devienne une illustration contemporaine du Mythe de Sisyphe en demeurant extrêmement vigilant sur la rédaction de la nouvelle loi à intervenir.

Fort de cette première victoire, un deuxième combat attend désormais les Avocats : la retenue douanière.

En effet et malgré les avancées récentes consacrées par le Conseil Constitutionnel en matière de garde à vue, la « retenue douanière de flagrance » échappe toujours à toute forme de respect des droits de l'Homme et consacre un système extrêmement privatif de liberté.

Son régime propre assez succinct résulte d'un seul paragraphe de l'article 323 du Code des Douanes qui dispose :

*« 1. Les infractions aux lois et règlements douaniers peuvent être constatées par un agent des douanes ou de toute autre administration.*

*2. Ceux qui constatent une infraction douanière ont le droit de saisir tous objets passibles de confiscation, de retenir les expéditions et tous autres documents relatifs aux objets saisis et de procéder à la retenue préventive des objets affectés à la sûreté des pénalités.*

*3. Ils ne peuvent procéder à la capture des prévenus qu'en cas de flagrant délit.*

*Le procureur de la République en est immédiatement informé.*

---

<sup>9</sup> Loi du 8 décembre 1897, in Bernard Sur précité, page 278

*La durée de la retenue ne peut excéder vingt-quatre heures sauf prolongation d'une même durée autorisée par le procureur de la République.*

*Pendant la retenue, le procureur de la République peut se transporter sur les lieux pour vérifier les modalités de la retenue et se faire communiquer les procès-verbaux et registres prévus à cet effet. S'il l'estime nécessaire, il peut désigner un médecin.*

*Les agents mentionnent, par procès-verbal de constat, la durée des interrogatoires et des repos qui ont séparé ces interrogatoires, le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue.*

*Ces mentions figurent également sur un registre spécial tenu dans les locaux de douane.*

*Lorsque les personnes retenues sont placées en garde à vue au terme de la retenue, la durée de celle-ci s'impute sur la durée de la garde à vue. »*

On voit immédiatement le lien étroit entre retenue douanière et garde à vue et l'impérative obligation qui nous est fait d'amender la première au regard des avancées obtenues pour la seconde.

Si la durée de la retenue douanière – limitée à vingt-quatre heures mais pouvant être répartie sur deux jours - doit s'imputer sur la durée de la garde à vue, il est clair cependant que les règles actuelles de la GAV ne sont pas applicables à la retenue douanière. Pourtant, et avant même la décision du Conseil Constitutionnel, ce régime était plus protecteur des droits de la défense et de la personne poursuivie en ce qu'il permettait l'intervention, sur requête de la seule personne suspectée, d'un médecin et d'un avocat dans les premières vingt-quatre heures.

Or, ces droits sont toujours manifestement refusés dans le cadre de la retenue douanière<sup>10</sup>.

Cette anomalie législative deux fois critiquable au regard de l'absence des droits minimums accordés au régime précédent de la garde à vue et au regard de la nouvelle décision historique du Conseil Constitutionnel ne peut perdurer. Il doit lui être fait application, comme à toute disposition privative de liberté, d'un droit commun de la procédure pénale respectueux des normes européennes impératives, en particulier l'article 5 de la Convention Européenne des droits de l'Homme<sup>11</sup>.

Cette modification législative est fondamentalement indissociable d'un véritable Etat de droit et d'une société démocratique, fière de ses valeurs, et se placerait dans la

---

<sup>10</sup> Cf. jurisprudence applicable en matière d'imputation du délai de garde à vue à la retenue douanière in *Droit pénal* n° 3, mars 2010, Dossier n° 4 : Stéphane Detraz, Maître de conférences, Université Paris Sud - 11, Faculté Jean Monnet, « La retenue douanière des personnes : une anomalie persistante de la procédure pénale » ; Sébastien Rideau Valentini, Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit douanier, spécialiste en droit pénal, « Les droits de la défense en matière pénale douanière », *Dalloz AJ Pénal* 2009, page 66.

<sup>11</sup> Op. cit. Stéphane Detraz

droite ligne de l'ensemble la jurisprudence rendue par les Cours européennes depuis de nombreuses années (Cour européenne des droits de l'Homme ou Cour de Justice de l'Union Européenne) en matière de libertés publiques et de respect des droits de l'Homme. Pour illustration, l'Arrêt Ravon, rendu par la C.E.D.H. en 2008<sup>12</sup>. Celle-ci a fermement sanctionné l'absence de possibilité d'un recours effectif à un juge en cas de perquisition fiscale. La France a en conséquence modifié le régime des perquisitions en matières fiscale, douanière ou de droit de la concurrence.

Si l'on comprend parfaitement que le droit pénal et de la procédure pénale soient nécessaires dans une société démocratique, afin d'assurer la protection du bien public et de l'ordre public, un droit répressif équilibré par les droits de la défense est tout aussi indispensable. Il est de plus le signe de la confiance des pouvoirs publics dans leur organisation et leur capacité d'être un Etat fort, protecteur des personnes et des biens, mais aussi des libertés essentielles !

**A défaut de réponse législative immédiate, consacrons, nous - avocats -, la prochaine Q.P.C. à la retenue douanière !**

**XAVIER PERNOT, aout 2010**

**Avocat au Barreau de PARIS**

---

12 Arrêt de la C.E.D.H. du 21 février 2008 sur requête no 18497/03