



## Commentaire

### Décision n° 2022-994 QPC du 20 mai 2022

*M. Mohammed D.*

*(Délivrance d'un permis de communiquer aux seuls avocats nominativement désignés par la personne mise en examen)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 11 mars 2022 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 389 du 8 mars 2022) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Mohammed D. portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 115 du code de procédure pénale (CPP).

Dans sa décision n° 2022-994 QPC du 20 mai 2022, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les mots « *le nom de l'avocat choisi par elles* » figurant au premier alinéa de cet article, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Dans cette affaire, Mme Véronique Malbec a estimé devoir s'abstenir de siéger.

#### **I. – Les dispositions contestées**

##### **A. – Objet des dispositions contestées**

##### **1. – La désignation de l'avocat dans le cadre d'une information judiciaire**

Conformément à l'article 114 du CPP, dans le cadre d'une information judiciaire, « *Les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu'elles n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés* ».

L'article 115 du même code (les dispositions objet de la décision commentée) pose le principe du libre choix par les parties du ou des avocats chargés de les assister et fixe les conditions dans lesquelles ce choix est porté à la connaissance du juge d'instruction.

\* Son premier alinéa prévoit que les parties peuvent faire connaître au juge

d’instruction le nom de l’avocat choisi par elles « *à tout moment de l’information* ». Il précise en outre que, si une même partie désigne plusieurs avocats, elle doit faire connaître celui d’entre eux auquel seront adressées les convocations et notifications ; à défaut, « *celles-ci seront adressées à l’avocat premier choisi* »<sup>1</sup>.

Dès 1995, la Cour de cassation avait suggéré, dans son rapport annuel, de compléter cet alinéa « *afin de prévoir que le changement d’avocat, ou le changement de l’avocat auquel les convocations et notifications doivent être adressées au cours de l’information, doit faire l’objet d’une déclaration au greffe [...]. En effet des difficultés apparaissent en cas de changements, parfois très fréquents pour une même partie, du nom de l’avocat qui l’assiste, ou en cas de pluralité de conseils, du nom de l’avocat auquel les convocations doivent être adressées, notamment lorsque le changement ne résulte que d’une mention ambiguë insérée dans une lettre adressée au juge d’instruction et ayant divers autres objets. Si un tel changement se produit pendant qu’une instance est en cours devant la chambre d’accusation [actuelle chambre de l’instruction], la situation tourne à la confusion et de nombreux moyens sont soumis à la Chambre criminelle à la suite de difficultés de cette nature* »<sup>2</sup>.

Afin de « *répondre à cette difficulté* »<sup>3</sup>, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a institué, aux deuxième, troisième et quatrième alinéas de l’article 115 du CPP, un formalisme particulier destiné « *à éviter des risques d’annulation de procédure* »<sup>4</sup>.

\* Le deuxième alinéa de l’article 115 du CPP prévoit des formalités de désignation de l’avocat distinctes selon qu’il s’agit d’une première désignation ou d’un changement d’avocat<sup>5</sup> :

– En cas de première désignation, le choix de l’avocat par une partie (qu’il s’agisse de la personne mise en examen, de la partie civile ou du témoin assisté) peut être porté à la connaissance du juge d’instruction par tout moyen, notamment par l’envoi

---

<sup>1</sup> C’est-à-dire, lorsque plusieurs avocats ont été désignés simultanément, à celui dont le nom apparaît en premier sur l’acte de désignation (Cass. crim., 8 décembre 1999, n° 99-86.135).

<sup>2</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, 1995, p. 23.

<sup>3</sup> Selon les termes de M. François Zocchetto, dans son rapport n° 441 (Sénat – 2002-2003), fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, déposé le 24 septembre 2003.

<sup>4</sup> Circulaire CRIM 04-16 E8 du 21 septembre 2004 de présentation des dispositions générales de procédure pénale de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2004, point 1.5.

<sup>5</sup> Hypothèse qui recouvre à la fois le cas dans lequel la partie désigne un nouvel avocat en remplacement de celui précédemment choisi et celui dans lequel elle a désigné plusieurs avocats et demande que les convocations ou notifications soient adressées à un autre que celui initialement désigné à cette fin.

d'une simple lettre au juge ou à son greffier<sup>6</sup>.

S'agissant en particulier de la personne mise en examen, cette désignation peut notamment intervenir avant sa première comparution, lorsque le juge d'instruction l'a informée de sa convocation en application du premier alinéa de l'article 80-2 du CPP<sup>7</sup>, ou au cours de son interrogatoire de première comparution, en application du cinquième alinéa de l'article 116 du même code<sup>8</sup>. La personne mise en examen peut également demander, dans les mêmes conditions, la désignation d'un avocat commis d'office.

– En cas de changement d'avocat, et sauf dans l'hypothèse où cette nouvelle désignation intervient au cours d'un interrogatoire ou d'une audition<sup>9</sup>, le choix effectué par les parties doit faire l'objet d'une déclaration au greffier du juge d'instruction. Cette déclaration, constatée et datée par le greffier, doit être signée par ce dernier et la partie concernée<sup>10</sup>. Toutefois, lorsque la partie ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente, le texte prévoit que « *la déclaration au greffier peut être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ».

\* Les troisième et quatrième alinéas de l'article 115 du CPP prévoient des dispositions spécifiques applicables uniquement lorsque la personne mise en examen est détenue :

---

<sup>6</sup> Voir, sur ce point, la circulaire du 21 septembre 2004 précitée, point 1.5.1.

<sup>7</sup> Selon ce texte, « *Le juge d'instruction peut informer une personne par lettre recommandée qu'elle est convoquée, dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours ni supérieur à deux mois, pour qu'il soit procédé à sa première comparution dans les conditions prévues par l'article 116. Cette lettre indique la date et l'heure de la convocation. Elle donne connaissance à la personne de chacun des faits dont ce magistrat est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée, tout en précisant leur qualification juridique. Elle fait connaître à la personne qu'elle a le droit de choisir un avocat ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office, ce choix ou cette demande devant être adressé au greffe du juge d'instruction. Elle précise que la mise en examen ne pourra intervenir qu'à l'issue de la première comparution de la personne devant le juge d'instruction* ».

<sup>8</sup> Selon ce texte, dans les cas où il n'a pas été fait application de l'article 80-2, « *le juge d'instruction avise la personne de son droit de choisir un avocat ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office. L'avocat choisi ou, dans le cas d'une demande de commission d'office, le bâtonnier de l'ordre des avocats en est informé par tout moyen et sans délai. Si l'avocat choisi ne peut être contacté ou ne peut se déplacer, la personne est avisée de son droit de demander qu'il lui en soit désigné un d'office pour l'assister au cours de la première comparution. L'avocat peut consulter sur-le-champ le dossier et communiquer librement avec la personne. Le juge d'instruction informe ensuite la personne qu'elle a le droit soit de faire des déclarations, soit de répondre aux questions qui lui sont posées, soit de se taire. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal. L'accord pour être interrogé ne peut être donné qu'en présence d'un avocat. L'avocat de la personne peut également présenter ses observations au juge d'instruction* ».

<sup>9</sup> Ce formalisme est alors inutile, la désignation faite au cours d'un interrogatoire ou d'une audition étant consignée par procès-verbal.

<sup>10</sup> Si un tel formalisme implique que la partie concernée se déplace au greffe de la juridiction pour déclarer le changement d'avocat, la circulaire précitée du 21 septembre 2004 énonce qu'« *Il paraît toutefois possible qu'en pratique cette déclaration soit faite également par le nouvel avocat désigné, si celui-ci se déplace pour le compte de son client en étant muni à cette fin d'une lettre signée de la partie et adressée au juge et qui sera jointe au dossier, l'avocat devant alors signer la déclaration prévue par l'article 115* », point 1.5.1.

– Selon le troisième alinéa de cet article, en pareille hypothèse, le choix de son avocat peut également faire l’objet d’une déclaration auprès du chef de l’établissement pénitentiaire, constatée et datée par ce dernier et signée par lui ainsi que par la personne détenue. Ce document est adressé sans délai au greffier du juge d’instruction et la désignation prend effet à compter de sa réception. Ainsi que le précise la circulaire du 21 septembre 2004 précitée, « *cet alinéa concerne tant l’hypothèse d’une première désignation d’avocat (par une personne qui aurait renoncé à désigner un avocat lors de sa mise en examen puis de son placement en détention, même si cette hypothèse est peu fréquente) que d’un changement d’avocat ou de nouvelles désignations* »<sup>11</sup>.

– Le quatrième alinéa de l’article 115 du CPP reprend, en substance, l’ancien second alinéa de cet article qui avait été créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes. Il prévoit que, lorsque la personne mise en examen est détenue, le choix de l’avocat peut également résulter d’un courrier désignant un avocat pour assurer sa défense. En ce cas, cet avocat doit lui-même procéder à la déclaration prévue au deuxième alinéa et remettre au greffier une copie du courrier qui lui a été adressé par son client, laquelle est annexée à la déclaration. La personne mise en examen doit en outre confirmer son choix dans les quinze jours, selon les modalités prévues aux deuxième et troisième alinéas. Pendant ce délai, la désignation est tenue pour effective, de sorte que l’avocat a accès au dossier et peut se voir délivrer un permis de communiquer. Ces dispositions ont en effet été adoptées afin d’éviter « *des retards dans la désignation de l’avocat et [d’]empêcher que celui-ci puisse s’entretenir avec son client* »<sup>12</sup>.

\* Ce formalisme poursuit deux objectifs : d’une part, s’assurer de l’existence d’une manifestation de volonté de la partie elle-même, afin de garantir la liberté de choix de son défenseur ; d’autre part, déterminer avec certitude les avocats devant être convoqués afin d’assurer la régularité des procédures.

Ainsi, si la Cour de cassation veille à ce que l’avocat désigné en dernier lieu soit

---

<sup>11</sup> Point 1.5.2.

<sup>12</sup> Rapport n° 419 (Sénat – 1998-1999) de M. Charles Jolibois fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi sur la présomption d’innocence et propositions de loi relatives aux gardes à vue et à la détention provisoire, déposé le 10 juin 1999.

régulièrement convoqué<sup>13</sup>, elle écarte le moyen de nullité tiré du défaut de convocation lorsque les formalités exigées par l'article 115 du CPP n'ont pas été accomplies ou menées jusqu'à leur terme par l'intéressé<sup>14</sup>.

La chambre criminelle juge en outre, sur le fondement de ces dispositions, que seul l'avocat désigné peut accomplir certaines formalités dans l'intérêt de son client. À ce titre, elle décide que « *si l'avocat qui fait une déclaration d'appel n'est pas tenu de produire un pouvoir spécial, il ne peut exercer ce recours, au stade de l'information, qu'à la condition que la partie concernée ait préalablement fait choix de cet avocat et en ait informé la juridiction d'instruction* »<sup>15</sup>. De la même manière, un avocat ne peut présenter un mémoire « *que si la partie concernée a préalablement fait choix de cet avocat et en a informé la juridiction d'instruction* »<sup>16</sup>. La Cour de cassation juge encore que « *la signature d'une requête en nullité par le seul avocat régulièrement désigné constitue une formalité substantielle, qui ne saurait être analysée comme relevant d'un formalisme excessif dès lors que, poursuivant un but légitime, elle participe du contrôle de la régularité de la procédure et de la préservation du secret de l'instruction* »<sup>17</sup>.

\* Si la désignation de l'avocat répond à un formalisme strict, le législateur n'a en revanche aucunement limité le nombre d'avocats susceptibles d'être désignés par une partie au cours de l'information judiciaire.

Dès lors qu'ils ont été régulièrement désignés, chacun d'entre eux peut agir au nom et pour le compte de son client et accomplir l'ensemble des actes nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Ainsi, tous les avocats désignés par la personne mise en examen dans les conditions de l'article 115 du CPP peuvent avoir accès au dossier de la procédure, obtenir une copie des pièces de ce dossier, assister leur client lors des interrogatoires ou confrontations, ou encore le représenter pour présenter une demande d'acte ou exercer une voie de recours.

## **2. – La délivrance d'un permis de communiquer à l'avocat de la personne détenue**

---

<sup>13</sup> Voir, notamment, Cass. crim., 28 juin 2016, n° 16-82.631, qui rappelle que « *la notification aux parties et à leur avocat de la date de l'audience à laquelle sera appelée la cause [...] est essentielle à la préservation des droits de la défense* ».

<sup>14</sup> Voir, notamment, en ce sens : Cass. crim., 30 janvier 2013, n° 12-87.564 ; Cass. crim., 7 juin 2016, n° 16-81.694 ; Cass. crim., 24 mai 2018, n° 18-81.202.

<sup>15</sup> Cass. crim., 16 septembre 2014, n° 13-82.758.

<sup>16</sup> Cass. crim., 14 mars 2012, n° 12-80.294.

<sup>17</sup> Cass. crim., 5 octobre 2021 n° 21-83.219.

## a. – Le permis de communiquer

\* Le droit pour la personne détenue de communiquer librement avec son avocat a été consacré par l'article 25 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire<sup>18</sup>. Essentiel à la préservation des droits de la défense, l'exercice de ce droit peut néanmoins, conformément à l'article 22 de ladite loi, faire l'objet de restrictions « *résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements* ».

En application de l'article R. 57-6-5 du CPP, son exercice effectif est subordonné à la délivrance d'un permis de communiquer. Pour les personnes mises en examen et placées en détention provisoire, ce permis est délivré à l'avocat par le magistrat instructeur en charge du dossier.

Pour obtenir un tel permis, il suffit que l'avocat qui le réclame identifie la procédure juridictionnelle au titre de laquelle il est sollicité. Une fois délivré, le permis de communiquer permet des échanges autant que nécessaires entre l'avocat et la personne détenue. Le Conseil d'État a ainsi jugé « *que les détenus disposent du droit de communiquer librement avec leurs avocats ; que ce droit implique notamment qu'ils puissent, selon une fréquence qui, eu égard au rôle dévolu à l'avocat auprès des intéressés, ne peut être limitée a priori, recevoir leurs visites, dans des conditions garantissant la confidentialité de leurs échanges ; que, toutefois, ce droit s'exerce dans les limites inhérentes à la détention ; qu'ainsi, si les dispositions de l'article R. 57-6-5 du code de procédure pénale prévoient que les avocats doivent obtenir un permis de communiquer pour pouvoir rencontrer leurs clients lorsque ceux-ci sont détenus, afin de préserver le bon ordre et la sécurité des établissements pénitentiaires, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de subordonner l'obtention de ce permis à l'exercice par l'autorité chargée de délivrer le permis, d'un contrôle portant sur l'opportunité ou la nécessité de telles rencontres ; que ces dispositions n'imposent pas au détenu ou à l'avocat de mentionner les motifs justifiant la nécessité qu'ils puissent communiquer, mais leur imposent seulement d'identifier la procédure juridictionnelle au titre de laquelle l'avocat est sollicité ; que, dans ces conditions, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la confidentialité de la relation entre les avocats et les détenus* »<sup>19</sup>.

\* La chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les conséquences procédurales du défaut de délivrance d'un permis de communiquer avant un débat contradictoire organisé en vue d'un éventuel placement en détention

---

<sup>18</sup> Cet article dispose : « *Les personnes détenues communiquent librement avec leurs avocats* ».

<sup>19</sup> CE, 25 mars 2015, n° 374401.

provisoire.

Elle a jugé « *qu'en vertu du principe de la libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, résultant de l'article 6 paragraphe 3, c, de la Convention européenne des droits de l'homme, la délivrance d'un permis de communiquer entre une personne détenue et son avocat est indispensable à l'exercice des droits de la défense ; qu'il en découle que le défaut de délivrance de cette autorisation à chacun des avocats désignés, avant un débat contradictoire tenu en vue de l'éventuelle prolongation de la détention provisoire, fait nécessairement grief à la personne mise en examen* »<sup>20</sup>, sauf circonstance insurmontable ayant empêché cette délivrance en temps utile<sup>21</sup>.

Le défaut de délivrance d'un permis de communiquer à l'avocat désigné par la personne détenue est donc en principe sanctionné par la nullité du débat contradictoire, ce qui conduit à la remise en liberté de la personne mise en examen<sup>22</sup>.

## **b. – La désignation de l'avocat**

\* Conformément à la jurisprudence citée plus haut<sup>23</sup>, le magistrat instructeur est tenu de délivrer un permis de communiquer « *à chacun des avocats désignés* », dans les conditions de l'article 115 du CPP, par la personne mise en examen. Chacun d'entre eux a en effet une égale vocation à assister cette dernière et doit être mis en mesure de communiquer avec elle.

Au sein des cabinets d'instruction s'est en outre développée une pratique consistant à accorder des permis de communiquer non seulement aux avocats régulièrement désignés, mais également à leurs associés et collaborateurs. Certains juges d'instruction ont cependant refusé de mettre en œuvre une telle pratique, au nom du respect du libre choix de l'avocat.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a été saisie de la question de savoir si le refus du juge d'instruction de délivrer un permis de communiquer aux collaborateurs ou associés exerçant au sein du même cabinet que celui de l'avocat

---

<sup>20</sup> Cass. crim., 12 décembre 2017, n° 17-85.757 ; et, dans le même sens : Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.848.

<sup>21</sup> Cass. crim., 9 mai 2019, n° 19-81.346.

<sup>22</sup> Dans un arrêt rendu le 13 avril 2021, la Cour de cassation a en revanche jugé qu'aucune atteinte aux droits de la défense ne peut être invoquée par l'avocat qui n'a pas pu communiquer téléphoniquement avec son client préalablement au débat contradictoire différé, dès lors que, titulaire d'un permis de communiquer délivré en temps utile, il avait la possibilité de lui rendre visite au sein de l'établissement pénitentiaire (Cass. crim., 13 avril 2021, n° 21-80.989).

<sup>23</sup> Voir, en particulier, Cass. crim., 12 décembre 2017, précité.

désigné était de nature à porter atteinte aux droits de la défense et, par suite, à entraîner la nullité du débat contradictoire lorsqu'aucun avocat ne s'est présenté pour assister la personne mise en examen.

Par deux arrêts des 15 décembre 2021 et 4 janvier 2022, la chambre criminelle a jugé qu'« aucune disposition conventionnelle ou légale ne fait obligation au juge d'instruction de délivrer un permis de communiquer aux collaborateurs ou associés d'un avocat choisi, dès lors que ceux-ci n'ont pas été personnellement désignés par l'intéressé dans les formes prévues par l'article 115 du code de procédure pénale »<sup>24</sup>.

Il en résulte que le juge d'instruction n'est tenu de délivrer un permis de communiquer qu'au seul avocat désigné selon les modalités de l'article 115 du CPP.

\* Cette interprétation jurisprudentielle ayant suscité de vives critiques de la part notamment des organisations professionnelles d'avocats<sup>25</sup>, le décret n° 2022-95 du 31 janvier 2022 relatif au permis de communiquer délivré à l'avocat d'une personne détenue a inséré au sein du CPP un article D. 32-1-2 dont le premier alinéa dispose que : « La demande de permis de communiquer adressée au juge d'instruction par l'avocat désigné par la personne mise en examen détenue en application de l'article 115, y compris en application du dernier alinéa de cet article, ou par l'avocat commis d'office à sa demande en application de l'article 116, peut indiquer les noms des associés et collaborateurs pour lesquels la délivrance du permis est également sollicitée. Le permis de communiquer est alors établi au nom de ces différents avocats, y compris ceux qui n'ont pas été désignés par la personne mise en examen ou qui n'ont pas été commis d'office ».

## **B. – Origine de la QPC et question posée**

M. Mohammed D., mis en examen et placé en détention provisoire, avait désigné

---

<sup>24</sup> Cass. crim. 15 décembre 2021, n° 21-85.670 ; Cass. crim., 4 janvier 2022, n° 21-85.813.

<sup>25</sup> L'Union des jeunes avocats de Paris a ainsi adopté, le 5 janvier 2022, une motion selon laquelle « la décision de la Chambre Criminelle fait entrave aux droits de la défense en ce qu'elle restreint la délivrance du "permis de communiquer" au seul avocat nommément désigné par la personne mise en examen, excluant ainsi les collaborateurs du Cabinet méconnaissant ainsi la réalité de l'exercice de la profession d'avocat. [...] En filigrane, les termes de cette décision sont aussi une remise en question du statut même du collaborateur et de ses missions et plus largement de la confiance en la probité de l'avocat comme auxiliaire de justice » (« Autorisation de communiquer avec les détenus pour les collaborateurs d'un avocat désigné », Motion de la commission droit pénal de l'UJA de Paris adoptée lors de la commission permanente du 5 janvier 2022). Le 14 janvier suivant, le Conseil national des barreaux a quant à lui adopté une résolution demandant « une clarification législative des dispositions de l'article 115 du code de procédure pénale prenant en compte les nécessités de l'exercice professionnel des avocats et facilitant leur exercice au profit des justiciables afin de respecter les droits de la défense et les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne [des droits de l'homme] » (« Contre l'insécurité juridique des conditions d'exercice de la profession d'avocat en matière pénale », Résolution du Conseil national des barreaux adoptée par l'assemblée générale du 14 janvier 2022).



pour l'assister Me Ruben ainsi que Me Keller, collaborateur de ce dernier.

Le premier avait sollicité du juge d'instruction la délivrance d'un permis de communiquer pour lui-même et l'ensemble de ses collaborateurs, mais s'était vu adresser un permis comportant uniquement son nom et celui de Me Keller.

Convoqué devant le juge des libertés et de la détention (JLD) pour un débat contradictoire en vue du renouvellement de la détention provisoire de son client, Me Ruben avait informé le juge d'instruction que ni lui ni Me Keller n'étaient disponibles à la date fixée et avait sollicité un permis de communiquer pour l'une de ses autres collaboratrices. Cette demande avait été rejetée par le juge d'instruction au motif que cette dernière n'avait pas été formellement désignée par M. Mohammed D.

À l'issue du débat contradictoire, le JLD avait prolongé la détention provisoire. La chambre de l'instruction avait ensuite confirmé cette décision.

Le requérant avait formé un pourvoi en cassation et, à cette occasion, avait soulevé une QPC portant sur l'article 115 du CPP.

Dans son arrêt du 8 mars 2022 précité, la Cour de cassation avait jugé que cette question présentait un caractère sérieux *« en ce que l'article 115 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'instruction de refuser la délivrance d'un permis de communiquer à un avocat qui n'aurait pas été nominativement désigné par la personne mise en examen et d'écarter ainsi la pratique qui permet à un avocat désigné de se faire substituer par un collaborateur ou un associé, soumis au secret professionnel et tenu aux mêmes obligations déontologiques. / En effet, cette pratique pourrait être de nature à faciliter les conditions d'exercice de la mission d'assistance de l'avocat, de sorte que cette latitude laissée au juge d'instruction, qui n'est encadrée par aucun texte législatif, est de nature à priver d'effectivité le droit de la personne détenue de communiquer avec son avocat qui participe au respect des droits de la défense et de porter atteinte à l'égalité devant la justice »*. Elle l'avait donc renvoyée au Conseil constitutionnel.

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

\* La Cour de cassation n'ayant pas précisé, dans son arrêt de renvoi, la version dans laquelle les dispositions de l'article 115 du CPP étaient renvoyées, il revenait au Conseil constitutionnel de la déterminer lui-même. Conformément à sa jurisprudence habituelle, selon laquelle la QPC doit être considérée comme portant sur les

dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée, le Conseil a jugé que, en l'espèce, il était saisi de cet article dans sa rédaction résultant de la loi du 9 mars 2004 précitée (paragr. 1).

\* Le requérant reprochait à ces dispositions de permettre au juge d'instruction de refuser la délivrance d'un permis de communiquer aux collaborateurs ou associés de l'avocat de la personne mise en examen et détenue lorsqu'elle ne les a pas nominativement désignés. Il en résultait, selon lui, une méconnaissance des droits de la défense. Il faisait en outre valoir qu'en laissant au juge d'instruction toute latitude pour délivrer ou non un tel permis de communiquer, les dispositions renvoyées étaient contraires au principe d'égalité devant la justice. Enfin, il soutenait que ces dispositions méconnaissaient l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice.

Au vu de ces griefs, le Conseil constitutionnel a considéré que la QPC portait uniquement sur les mots « *le nom de l'avocat choisi par elles* » figurant au premier alinéa de l'article 115 du CPP (paragr. 4).

L'une des parties intervenantes faisait par ailleurs valoir que, faute pour le législateur d'avoir prévu l'obligation pour le juge d'instruction de délivrer un permis de communiquer aux associés et collaborateurs de l'avocat désigné, les dispositions contestées étaient entachées d'incompétence négative dans des conditions affectant les exigences constitutionnelles précitées.

#### **A. – La jurisprudence constitutionnelle relative aux droits de la défense**

\* Le principe du respect des droits de la défense est rattaché, depuis la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »<sup>26</sup>.

Il a pour corollaire le principe du caractère contradictoire de la procédure<sup>27</sup> et fait partie, avec le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable, des droits constitutionnels processuels qui découlent de la garantie des

---

<sup>26</sup> Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

<sup>27</sup> Pour une illustration récente, voir décision n° 2021-981 QPC du 17 mars 2022, *M. Jean-Mathieu F. (Destruction des végétaux et des animaux morts ou non viables saisis dans le cadre d'infractions au code de l'environnement)*, paragr. 3.

droits<sup>28</sup>.

Le législateur étant compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, le grief tiré de l'incompétence négative affectant les droits de la défense est invocable en QPC<sup>29</sup>.

\* Le droit à bénéficier de l'assistance effective d'un avocat constitue une garantie légale du respect des droits de la défense<sup>30</sup>.

Ainsi, dans sa décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition qui permettait au président d'une juridiction d'écarter de la salle d'audience un avocat dont l'attitude compromettait la sérénité des débats. Il a jugé que, si une telle mesure « *avait le caractère d'une simple mesure de police de l'audience et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »<sup>31</sup>.

S'agissant de la garde à vue, après avoir reconnu à plusieurs reprises 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* »<sup>32</sup>, le Conseil a considéré que la règle générale privant la personne gardée à vue de l'assistance effective d'un avocat lors des interrogatoires et confrontations constituait une restriction disproportionnée aux droits de la défense<sup>33</sup>. Il a par la suite affirmé que « *le respect des droits de la défense impose, en principe, qu'une personne*

---

<sup>28</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, et n° 2011-168 QPC du 30 septembre 2011, *M. Samir A. (Maintien en détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction)*, cons. 4.

<sup>29</sup> Voir par exemple la décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia (Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat)*.

<sup>30</sup> Le Conseil constitutionnel reconnaît cependant la liberté d'une partie à la procédure pénale de choisir de se défendre seule (voir, en ce sens, les décisions 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, et n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011, *M. Hovanes A. [Communication du réquisitoire définitif aux parties]*, cons. 5).

<sup>31</sup> Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 48 à 53.

<sup>32</sup> Décisions n° 93-326 DC du 11 août 1993, précitée, 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 ; voir également, dans le même sens, décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 31.

<sup>33</sup> Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, cons. 28.

*soupçonnée d'avoir commis une infraction ne peut être entendue, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, sans bénéficier de l'assistance effective d'un avocat »<sup>34</sup>.*

En matière de retenue douanière, le Conseil constitutionnel a de la même manière jugé, dans sa décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, que l'absence d'assistance d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire constituait une restriction aux droits de la défense « *imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes* »<sup>35</sup>.

Par ailleurs, pour admettre la constitutionnalité de dispositifs pénaux poursuivant une logique transactionnelle, tels que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité<sup>36</sup> ou la transaction pénale par officier de police judiciaire<sup>37</sup>, le Conseil constitutionnel a considéré que la possibilité d'être assisté par un avocat constituait une garantie de nature à assurer le respect des droits de la défense.

Plus récemment, dans sa décision n° 2021-945 QPC du 4 novembre 2021, il a énoncé que « *le droit [pour la personne détenue] de communiquer avec son avocat participe au respect des droits de la défense* »<sup>38</sup>. L'assistance effective par un avocat implique en effet que son client puisse s'entretenir avec lui.

\* Le droit à l'assistance d'un avocat n'est toutefois pas absolu.

En effet, en l'état de la jurisprudence, l'exigence de respect des droits de la défense dans les procédures répressives non juridictionnelles implique seulement dans certains cas l'assistance d'un avocat. Construite à partir des conditions de la garde à vue, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point fait apparaître que l'assistance d'un avocat est exigée lorsque la procédure repose sur la suspicion de la commission d'une infraction et comporte une privation de liberté individuelle<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres (Garde à vue II)*, cons. 19 ; décision n° 2014-428 QPC du 21 novembre 2014, *M. Nadav B. (Report de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue en matière de délinquance ou de criminalité organisées)*, cons. 9.

<sup>35</sup> Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres (Retenue douanière)*, cons. 7.

<sup>36</sup> Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 précitée, cons. 108.

<sup>37</sup> Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, *Syndicat de la magistrature et autre (Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines)*, paragr. 8 et 9.

<sup>38</sup> Décision n° 2021-945 QPC du 4 novembre 2021, *M. Aristide L. (Communication entre la personne détenue et son avocat)*, paragr. 5.

<sup>39</sup> Sur ce point, voir le commentaire de la décision n° 2019-818 QPC du 6 décembre 2019, *Mme Saisda C. (Assistance de l'avocat dans les procédures de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente)*.

Le Conseil a par exemple 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 vue<sup>40</sup>.

Ce droit peut en outre faire l'objet de limitations.

Ainsi, dans sa décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, le Conseil a fixé le cadre constitutionnel dans lequel sont examinées les limites apportées aux conditions dans lesquelles s'exerce l'assistance de la personne gardée à vue par un avocat<sup>41</sup> :

– il a, en premier lieu, rappelé la liberté de choix de l'avocat, mais ne lui a pas conféré un caractère constitutionnel : « *le troisième alinéa de l'article 63-3-1 prévoit que, lorsque l'avocat de la personne gardée à vue est désigné par la personne prévenue en application de l'article 63-2, la personne gardée à vue doit confirmer cette désignation ; que cette disposition, qui tend à garantir la liberté de la personne gardée à vue de choisir son avocat, ne méconnaît aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* »<sup>42</sup> ;

– il a, en deuxième lieu, opéré une distinction entre les droits de la défense, qui doivent être respectés en garde à vue, et les exigences du procès équitable, qui n'y trouvent pas leur place<sup>43</sup> ;

– il a, en troisième lieu, jugé que ne méconnaissent pas le respect des droits de la défense des dispositions apportant certaines restrictions à l'intervention de l'avocat en garde à vue<sup>44</sup> ;

– en dernier lieu, s'agissant du libre choix de l'avocat et de la possibilité de désigner d'office un autre avocat, le Conseil a jugé que des dispositions prévoyant que « *l'audition ou la confrontation est menée sous la direction de l'officier ou de l'agent de police judiciaire* » et que « *ce dernier peut à tout moment, en cas de difficulté, y mettre un terme et en aviser le procureur de la République qui informe, s'il y a lieu, le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat [...] ne méconnaissent ni les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit* »<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L. (Défèrement devant le procureur de la République)*, cons. 12.

<sup>41</sup> Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 précitée, cons. 22 et suivants.

<sup>42</sup> *Ibidem*, cons. 26.

<sup>43</sup> *Ibid.*, cons. 28.

<sup>44</sup> *Ibid.*, cons. 29, 30 et 31.

<sup>45</sup> *Ibid.*, cons. 33 et 35.

Dans le prolongement de la décision précitée, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2014-428 QPC du 21 novembre 2014, que « *cette exigence constitutionnelle n'interdit pas qu'en raison de la particulière gravité ou de la complexité de certaines infractions commises par des personnes agissant en groupe ou en réseau, l'assistance de l'avocat à la personne gardée à vue puisse être reportée par une décision du procureur de la République, du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, lorsqu'un tel report apparaît nécessaire pour permettre le recueil ou la conservation des preuves ou prévenir une atteinte aux personnes* »<sup>46</sup>.

Par ailleurs, dans la décision n° 2021-945 QPC du 4 novembre 2021 précitée, le Conseil constitutionnel a admis que l'exercice du droit de la personne détenue de communiquer avec son avocat pouvait faire l'objet de restrictions « *lorsqu'elles sont justifiées par des contraintes inhérentes à la détention, au maintien de la sécurité et au bon ordre des établissements* ». Il a néanmoins relevé, s'agissant des dispositions contestées, que « *de telles restrictions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que la personne détenue puisse communiquer avec son avocat dans des délais raisonnables* »<sup>47</sup>.

\* Si la liberté de choix de l'avocat n'est pas constitutionnellement garantie, elle participe néanmoins au respect des droits de la défense.

Ainsi, dans sa décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012<sup>48</sup>, le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions permettant de suspendre la liberté de choisir son avocat pendant la durée d'une garde à vue mise en œuvre pour des crimes et délits constituant des actes de terrorisme.

Il a d'abord relevé que, « *si la liberté, pour la personne soupçonnée, de choisir son avocat peut, à titre exceptionnel, être différée pendant la durée de sa garde à vue afin de ne pas compromettre la recherche des auteurs de crimes et délits en matière de terrorisme ou de garantir la sécurité des personnes, il incombe au législateur de définir les conditions et les modalités selon lesquelles une telle atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense peut être mise en œuvre* »<sup>49</sup>.

Or, il a ensuite constaté que « *les dispositions contestées se bornent à prévoir, pour une catégorie d'infractions, que le juge peut décider que la personne gardée à vue sera assistée par un avocat désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats sur une*

---

<sup>46</sup> Décision n° 2014-428 QPC du 21 novembre 2014 précitée, cons. 9.

<sup>47</sup> Décision n° 2021-945 QPC du 4 novembre 2021, précitée, paragr. 6.

<sup>48</sup> Décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 précitée.

<sup>49</sup> *Ibid.*, cons. 7.

*liste d'avocats habilités établie par le bureau du Conseil national des barreaux sur propositions des conseils de l'ordre de chaque barreau ; qu'elles n'obligent pas à motiver la décision ni ne définissent les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense »<sup>50</sup>.*

Il en a déduit « *qu'en adoptant les dispositions contestées sans encadrer le pouvoir donné au juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui portent atteinte aux droits de la défense »<sup>51</sup>.*

## **B. – L'application à l'espèce**

Après avoir rappelé sa formulation de principe relative à la protection des droits de la défense (paragr. 6), le Conseil constitutionnel a décrit l'objet des dispositions contestées.

Il a d'abord constaté que « *l'article 115 du code de procédure pénale prévoit les modalités selon lesquelles, dans le cadre d'une information judiciaire, les parties doivent porter à la connaissance du juge d'instruction le nom du ou des avocats qu'elles ont choisis pour assurer leur défense »* (paragr. 7). Il a ensuite relevé que les dispositions contestées, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, permettent au juge d'instruction « *de refuser la délivrance d'un permis de communiquer à un avocat qui n'a pas été nominativement désigné selon ces modalités par la personne détenue mise en examen »* (paragr. 8).

Le Conseil constitutionnel s'est alors attaché à déterminer si cette possibilité reconnue au juge d'instruction de refuser un permis de communiquer à un avocat qui n'avait pas été désigné par la personne mise en examen méconnaissait les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

En premier lieu, le Conseil a, dans le prolongement de sa décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 précitée, considéré que les dispositions contestées « *tendent à garantir la liberté de la personne mise en examen de choisir son avocat »* (paragr. 9). Cette liberté de choix participe d'ailleurs au respect des droits de la défense.

En second lieu, il a, d'une part, relevé que « *la personne mise en examen peut à tout*

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

*moment de l'information désigner un ou plusieurs avocats, appartenant le cas échéant à un même cabinet, qu'ils soient salariés, collaborateurs ou associés »* (paragr. 10). Il a ainsi répondu à l'argumentation du requérant, centrée sur les difficultés d'organisation qu'engendrait, selon lui, l'impossibilité pour les avocats travaillant au sein du même cabinet que l'avocat initialement désigné d'obtenir un permis de communiquer. Le Conseil a en outre observé que *« ce choix peut être effectué au cours d'un interrogatoire ou par déclaration au greffier du juge d'instruction, mais également, lorsque la personne mise en examen est détenue, résulter d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire ou d'un courrier de désignation remis au greffier par son conseil et annexé à la déclaration faite par ce dernier »* (même paragr.). La personne mise en examen et détenue dispose ainsi de différents moyens de porter à la connaissance du juge d'instruction, y compris dans des délais contraints, le nom de l'avocat qu'elle a choisi pour l'assister.

D'autre part, le Conseil a souligné que chacun des avocats ainsi désignés pouvait solliciter la délivrance d'un permis de communiquer et que le juge d'instruction était tenu de le lui délivrer (paragr. 11).

Il en a déduit que le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense devait être écarté (paragr. 12).

Les dispositions contestées n'étant pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissant pas non plus le principe d'égalité devant la justice, ni aucun autre droit ou liberté constitutionnellement garanti, le Conseil constitutionnel les a donc déclarées conformes à la Constitution (paragr. 13).