

Garanties juridiques pour prévenir la torture

Le droit d'accès à un avocat pour les personnes privées de liberté¹

Mars 2010

Introduction

La torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« mauvais traitements ») sont presque toujours perpétrés en secret. L'accès à un avocat et à un médecin, ainsi qu'à des amis ou à des proches permet de créer des conditions de détention plus ouvertes, qui contribuent à prévenir la torture et autres mauvais traitements. La détention au secret ou dans des lieux tenus secrets favorise un climat d'impunité pour les violations des droits de l'homme, et peut même constituer en elle-même une forme de torture ou de mauvais traitements. Le droit de ne pas subir d'actes de torture et autres mauvais traitements est un droit fondamental n'admettant aucune dérogation.²

Ce document vise à donner un aperçu du droit actuel en matière d'accès à un avocat promptement après la privation de liberté, en tant que garantie contre la torture et autres mauvais traitements.

Le but du droit à un avocat n'est pas simplement de permettre aux détenus³ de préparer leur défense dans les affaires pénales, mais aussi de garantir une présence indépendante durant la détention et

¹ La version originale de ce document est en anglais.

² Se référer au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 4 et 7, ainsi qu'aux articles 2 et 16 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

³ Aux fins du présent document, on entendra par « détenu » toute personne privée de sa liberté personnelle, à l'exception des personnes condamnées pour infraction.

l'interrogatoire (qu'ils soient liés ou non à des poursuites pénales). La présence d'un avocat peut contribuer à faire en sorte que les droits du détenu à la sécurité et à la dignité soient respectés, et à éviter que les autorités n'excèdent leurs pouvoirs. En cas de procédure pénale, l'avocat pourra aussi vérifier la conformité des procédures de la police avec les conditions d'un procès équitable (et intervenir, si besoin).

Les articles 2 et 16 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (UNCAT) imposent aux États parties de prendre des mesures effectives pour prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. L'expérience d'organes de monitoring préventif solidement établis, comme le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants (CPT), montre que le fait d'imposer par la voie législative des garanties telles que l'accès sans délai à un avocat est l'un des meilleurs moyens dont disposent les États pour remplir leur obligation d'adopter de telles mesures. Les organes des traités onusiens que sont le Comité des droits de l'homme (CCPR) et le Comité contre la torture (CAT) ont également reconnu l'importance spécifique de cette garantie pour la prévention de la torture et d'autres atteintes aux droits humains fondamentaux.⁴

En somme, l'Etat est tenu d'établir des garanties pour les personnes privées de liberté – dont l'accès à un avocat décrit dans le présent document – pour se conformer aux obligations visées par les articles 2 et 16 de l'UNCAT.

Ce document comprend plusieurs parties examinant différents aspects du droit d'accès à un avocat. Premièrement, en quoi cette garantie protège-t-elle les personnes privées de liberté ? Deuxièmement, qu'entend-on par « accès » : la simple présence d'un avocat au poste de police est-elle suffisante ? Troisièmement, les délais : pourquoi l'accès à un avocat doit-il être octroyé le plus vite possible ? Quatrièmement, peut-on légitimement restreindre ce droit, notamment pour des questions de sécurité ? Enfin, cinquièmement, quels pays ont déjà intégré le droit d'accès à un avocat dans leur législation ?

⁴ Voir l'Observation générale n° 20 du Comité des droits de l'homme du 10 mars 1992, § 11, et l'Observation générale n° 2 du Comité contre la torture du 24 janvier 2008, § 13. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui n'est pas encore entrée en vigueur à l'heure où nous écrivons, prévoit également cette garantie à l'article 17(2)(d).
cf. <http://www2.ohchr.org/french/law/disappearance-convention.htm>

I. En quoi l'accès à un avocat constitue-t-il une garantie en matière de droits de l'homme ?

La présence d'un avocat répond à plusieurs objectifs, y compris :

- remédier au déséquilibre du rapport de force entre les autorités et le détenu (notamment en ce qui concerne la connaissance de la loi) ;
- dissuader les actes de torture et autres mauvais traitements ;
- contester une détention arbitraire ou injustifiée ;
- être à même de fournir un compte-rendu alternatif des entretiens pour garantir l'intégrité des témoignages recueillis.

Dans son rapport à la Commission des droits de l'homme du 17 décembre 2002, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants formulait les recommandations suivantes en matière de prévention :

C'est pendant la détention au secret que la torture est le plus souvent pratiquée. Ce type de détention devrait donc être interdit et les personnes détenues au secret devraient être immédiatement libérées. [Tous les renseignements pertinents] devraient être soigneusement consignés (...) Conformément aux Principes de base relatifs au rôle du barreau, toutes les personnes arrêtées ou mises en détention devraient être informées de leur droit d'être assistées par un avocat de leur choix ou par un avocat commis d'office capable de leur apporter une assistance juridique efficace (...) Les agents de la sécurité qui ne respecteraient pas ces dispositions devraient être sanctionnés.⁵

Le Comité des Nations Unies contre la torture (CAT) a lui aussi formulé de nombreuses Observations finales sur la question, et notamment suite au 4^{ème} rapport périodique de la Chine, dans lequel le Comité a exprimé sa préoccupation devant « l'absence de garanties légales pour les détenus [dont] (...) la possibilité de communiquer avec un avocat ». ⁶ De même, dans ses Observations finales sur le rapport initial de l'Indonésie en 2001, le CAT a fait part de son inquiétude devant « l'absence de garanties suffisantes pour protéger les droits des personnes privées de liberté, notamment de la possibilité d'aviser un proche parent ou un tiers de leur détention, d'avoir accès à des soins médicaux et à *un avocat de leur choix* ». ⁷ Le CAT a également critiqué (entre autres) les Pays Bas, ⁸ l'Espagne, ⁹ l'Azerbaïdjan, ¹⁰ la Géorgie, ¹¹ l'Estonie, ¹² la Lettonie, ¹³ la Moldova, ¹⁴ la République tchèque, ¹⁵ la

⁵ E/CN.4/2003/68, § 26(g), disponible sur : http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=103. Dans la suite de ce paragraphe, le Rapporteur spécial énumère d'autres garanties (y compris des examens médicaux et une prompt comparution devant une autorité judiciaire).

⁶ Voir les Observations finales sur la Chine du 12 décembre 2008, CAT/C/CHN/CO/4, § 11.

⁷ CAT A/57/44 (2002), § 44(e) (souligné par nous).

⁸ CAT C/NET/CO/4 (2007), § 6.

⁹ CAT A/58/44 (2003), § 62.

¹⁰ CAT A/58/44 (2003), § 88(g).

¹¹ CAT A/56/44 (2001), § 81(e).

¹² CAT A/58/44 (2003), § 49(d).

¹³ CAT C/CR/31/3 (2003), § 6(h). Dans le cas de la Lettonie, le Comité a observé que même si la loi prévoyait bien le droit d'accès à un conseil, celui-ci n'était pas assuré dans la pratique.

Slovaquie,¹⁶ la Turquie¹⁷ et la Libye¹⁸ pour ne pas avoir consenti ce droit à toutes les personnes privées de liberté. On trouvera des exemples de bonnes pratiques dans la partie V ci-dessous.

Le Sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (SPT) a quant à lui exposé de la façon suivante les avantages du droit à bénéficier d'un avocat :

Du point de vue de la prévention, l'accès à un avocat est une garantie importante contre les mauvais traitements, ce qui va au-delà de l'assistance juridique apportée à la seule fin d'assurer la défense d'une personne. La présence d'un avocat lors des interrogatoires de police peut non seulement dissuader les policiers de recourir à des mauvais traitements ou autres violences mais peut aussi les protéger en cas d'allégations de mauvais traitements infondées. En outre, l'avocat est le spécialiste qui est susceptible d'aider la personne privée de liberté à exercer ses droits, y compris devant des mécanismes de recours.¹⁹

L'article 14(3)(b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR), qui traite de différents aspects du droit à un procès équitable, prévoit que dans le cadre de poursuites pénales le droit du détenu de communiquer avec un avocat de son choix doit constituer une garantie minimale. S'inscrivant dans une ligne d'autorité qui s'est développée au cours des vingt dernières années,²⁰ la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a indiqué que la présence d'un avocat lors des interrogatoires était indispensable à la notion de procès équitable. Un témoignage obtenu en l'absence d'un avocat est inévitablement une base moins que satisfaisante pour mener à une condamnation. La présence (ou l'absence) d'un avocat peut également être un facteur décisif à d'autres stades de la procédure. Dans l'affaire *Lebedev c. Russie*,²¹ la Cour a conclu à une violation de l'article 5(3) de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit d'être traduit promptement devant un juge afin que celui-ci détermine la légalité de la détention. Bien que l'article 5 ne mentionne pas expressément le droit de se faire assister d'un avocat, la Cour a conclu à une violation au motif que l'exclusion des avocats de M. Lebedev de la première audience de détention était injuste, eu égard aux circonstances de l'espèce.²² En 2008, dans l'affaire *Salduz c. Turquie*²³, la Cour a estimé que le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 ne pouvait être tenu pour concret et effectif (par opposition à théorique ou illusoire)²⁴ sans accès à un avocat dès le premier interrogatoire.

¹⁴ CAT A/58/44 (2003), § 138(b).

¹⁵ CAT C/CR/32/2 (2004), §§ 5(b) et 6(d).

¹⁶ CAT A/56/44 (2001), § 104(g).

¹⁷ CAT A/46/46 (1991), § 121(c).

¹⁸ A/54/44 of (1999), § 4(a).

¹⁹ Rapport sur la visite aux Maldives du Sous-comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT/OP/MDV/1, 26 février 2009), § 62.

²⁰ Voir par ex. *Murray c. Royaume Uni* (Requête 41/1994) et *Ócalan c. Turquie* (Requête 46221/99). Cette ligne a été suivie dans de nombreuses affaires en 2009 (voir ci-après, partie IV).

²¹ Requête 4493/04.

²² *Ibidem*. Se référer notamment à l'arrêt de la Chambre du 25 octobre 2007, §§ 84-91.

²³ Requête 36391/02 du 8 août 2002. Se reporter notamment au § 55 de l'arrêt de la Grande Chambre du 27 novembre 2008. L'affaire *Salduz* a été reprise dans *Adalmış & Kiliç c. Turquie* (Requête 25301/04, arrêt de la Chambre du 1^{er} décembre 2009).

²⁴ Cette formulation provient d'une décision antérieure : *Imbrioscia c. Suisse* (Requête 13972/88, arrêt du 24 novembre 1993, voir § 38).

Des organes régionaux sont parvenus aux mêmes conclusions. Par exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'homme observait, dans un rapport de 1983 sur la situation d'une minorité au Nicaragua, que la présence d'un avocat constituait une garantie importante concernant les droits de ne pas s'incriminer soi-même et de ne pas subir d'actes de torture.²⁵ Dans ses conclusions sur le Salvador de 1986, la Commission a également rappelé que le droit à un avocat s'appliquait dès la première fois qu'une personne était interrogée.²⁶

En outre, l'accès à un avocat constitue une garantie majeure contre les détentions illégales et arbitraires, proscrites par l'article 9 ICCPR. La privation de liberté est contraire à l'article 9 dès lors que les autorités qui procèdent à la détention ne respectent pas les lois ou les procédures nationales, ou lorsque la détention est tout simplement déraisonnable, capricieuse ou disproportionnée par rapport à l'infraction présumée.²⁷ Une détention qui aurait autrement été légale peut également devenir arbitraire si elle ne peut raisonnablement plus se justifier au regard des circonstances.²⁸ Les probabilités d'une détention arbitraire sont plus élevées lorsque le détenu n'est pas assisté d'un avocat, lequel peut évaluer la légalité et / ou le caractère raisonnable de la détention. Dans le cadre des droits civils et politiques s'y rapportant, le Comité des droits de l'homme s'est exprimé sur la nécessité de garantir l'accès à un avocat dans ses Observations finales sur des pays tels que le Koweït,²⁹ la République arabe syrienne,³⁰ le Vietnam,³¹ le Maroc³² et la Belgique.³³

En bref, l'assistance d'un avocat contribue à ce que la protection prévue par le droit (national et international) s'applique également aux personnes se trouvant à la merci de l'État.

II. Quand ce droit entre-t-il en jeu ?

Dès le moment où intervient la privation de liberté, l'autonomie de la personne est restreinte et soumise au bon vouloir des autorités. Le déséquilibre des forces qui en résulte crée un réel danger que les droits de la personne détenue ne soient pas respectés.³⁴ Ceci est particulièrement vrai lorsque la personne détenue est soupçonnée d'actes criminels, et que les autorités estiment se trouver en position de

²⁵ Tiré de *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, OEA Ser.LV/11.62, doc.10, rev. 3, 1983, p. 100, cité dans Foley, *Combating Torture: A Manual for Judges & Prosecutors*, disponible sur : http://www.essex.ac.uk/combatingtorturehandbook/manual/2_content.htm, § 2.30.

²⁶ Rapport annuel de la Commission interaméricaine, 1985-1986, OEA/Ser.LV/II.68, doc. 8 rev. 1, 1986, p. 154, El Salvador, également cité dans Foley (*op. cit.*), § 2.30.

²⁷ cf. Nowak, *CCPR Commentary*, Engel 2005 (2^{ème} éd), p. 223-225.

²⁸ *Ibidem*, p. 226.

²⁹ CCPR A/55/40 (2000), § 472

³⁰ CCPR A/56/40 (2001), § 81(14)

³¹ CCPR A/57/40 vol. I (2002), § 82(13)

³² CCPR A/55/40 (2000), § 108

³³ CCPR A/54/40 (1999), § 83. Ces listes n'ont pas la prétention d'être exhaustives, mais visent simplement à illustrer l'ampleur du problème, et ce même à des endroits où l'accès à un avocat est inscrit dans la législation ou les procédures (ou où l'on pourrait s'attendre à ce qu'il le soit).

³⁴ Voir le Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à la Commission des droits de l'homme du 23 décembre 2005 (E/CN.4/2006/6, disponible sur : <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/2006/6>).

supériorité morale. Cependant, selon le droit international toute personne a le droit d'être protégée de la torture ou autres mauvais traitements.³⁵

L'accès à un avocat est tout aussi important lorsqu'une personne est invitée à suivre les autorités, même si elle n'est pas en état d'arrestation et n'est pas tenue d'accepter. En pareil cas, il existe toujours un risque que cette personne soit l'objet de mauvais traitements et / ou contraint à s'incriminer elle-même ou des tiers.

Dans la mesure où il n'est jamais certain que les autorités responsables de la détention (notamment la police, les agents de renseignements et les gardes de sécurité engagés par l'État) respecteront ce droit en toutes circonstances, des garanties adéquates – y compris l'accès à un avocat – s'avèrent nécessaires.

Concrètement, l'application effective du droit de bénéficier d'un avocat implique que le détenu soit autorisé à s'entretenir avec l'avocat de son choix le plus vite possible après sa privation de liberté. Le CCPR, dans son Observation générale n° 32, précise que le droit à communiquer avec son avocat selon l'article 14 ICCPR « exige que l'accusé ait accès à un conseil dans le plus court délai ».³⁶

Les organes régionaux compétents se rejoignent également sur le principe d'un accès sans délai. Par exemple, dans l'affaire *Salduz c. Turquie*,³⁷ la CEDH a souligné qu'un procès pouvait devenir inéquitable dès le premier interrogatoire, si des garanties comme le droit à un avocat n'étaient pas observées.

En 1992, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a édicté le standard suivant :

Le CPT attache une importance particulière à trois droits pour les personnes qui sont détenues par la police: le droit, pour la personne concernée, de pouvoir informer de sa détention un tiers de son choix (membre de la famille, ami, consulat) ; le droit d'avoir accès à un avocat ; le droit de demander un examen par un médecin de son choix (...) De l'avis du CPT, ces droits constituent trois garanties fondamentales contre les mauvais traitements de personnes détenues, *qui devraient s'appliquer dès le tout début de la privation de liberté, quelle que soit la description qui peut en être donnée dans le système légal concerné (« appréhension », arrestation, etc.)*.³⁸

En 1996, le CPT a encore précisé ses vues sur la question :

Le CPT tient à souligner que, d'après son expérience, la période qui suit immédiatement la privation de liberté est celle où le risque d'intimidation et de mauvais traitements physiques est le plus grand. En conséquence, la possibilité pour les personnes placées en garde à vue d'avoir accès à un avocat pendant cette période est une garantie fondamentale contre les

³⁵ Article 2 de la Convention des Nations Unies contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

³⁶ cf <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/72/PDF/G0743772.pdf?OpenElement> § 34

³⁷ Voir plus haut, note 24.

³⁸ Document « Les Normes du CPT – Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond », disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/fr/documents/fra-standards.pdf> [Rev 2009], extrait de la p. 6 (souligné par nous).

mauvais traitements. L'existence de cette possibilité aura un effet dissuasif sur ceux qui seraient enclins à maltraiter les personnes détenues ; en outre, un avocat est bien placé pour prendre les mesures qui s'imposent si des personnes sont effectivement maltraitées.³⁹

Enfin, en 2002, le CPT a donné un aperçu de l'état de cette garantie en Europe :

...le droit à l'accès à un avocat pendant la détention par la police est à présent largement reconnu dans les pays visités par le CPT ; dans les rares pays où ce droit n'existe pas encore, des projets sont en cours pour l'introduire.⁴⁰

Dans ses observations sur le 3^{ème} rapport périodique de la Fédération de Russie, le CAT a dénoncé « (...) les possibilités restreintes qu'ont les personnes privées de liberté de communiquer, *immédiatement après leur arrestation*, avec un avocat, un médecin et des membres de leur famille (...)».⁴¹ Dans ses Observations finales sur le Kazakhstan du 12 décembre 2008, le Comité recommandait de manière spécifique :

L'État partie devrait appliquer sans tarder des mesures efficaces pour garantir que nul ne puisse être placé *de facto* en détention non reconnue et que, dans la pratique, tous les suspects bénéficient pendant leur détention de toutes les garanties légales fondamentales. Celles-ci incluent notamment le droit pour tout détenu, *dès le début exact de la privation de liberté, de voir un avocat* (...) d'être informé de ses droits et des accusations portées contre lui, et d'être déféré rapidement devant un juge.⁴²

La ligne directrice n° 20 des Lignes directrices de Robben Island (Lignes directrices et mesures d'interdiction et de prévention de la torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique), adoptées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en 2002, fait également une mention spécifique du droit d'accès à un avocat « dès l'instant où intervient la privation de liberté ».⁴³

En mars 2008, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a adopté une série de lignes directrices intitulées Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques. Le paragraphe ci-après figure dans le Principe V sur la « Procédure judiciaire régulière » :

Toute personne privée de liberté a le droit d'être défendue et assistée par un avocat, nommé par elle, par sa famille, ou fourni par l'État ; de communiquer avec son défenseur de façon confidentielle, sans interférence ou censure, et sans retards ou limites de temps injustifiés, à

³⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁴¹ Voir les Conclusions et recommandations sur la Russie du 6 juin 2002, CAT/C/CR/28/4, § 6(c) (souligné par nous).

⁴² CAT/C/KAZ/CO/2 (2008), § 9 (souligné par nous).

⁴³ Les Lignes directrices étaient annexées à la Résolution de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples du 23 octobre 2002 sur les lignes directrices et mesures d'interdiction et de prévention de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique.

cf. http://www.achpr.org/francais/resolutions/resolution66_fr.html

partir du moment de son arrestation ou de sa détention, et obligatoirement avant sa première déclaration devant l'autorité compétente.⁴⁴

Le principe n° 7 des Principes de base des Nations Unies relatifs au rôle du barreau⁴⁵ met en avant un délai spécifique :

Les pouvoirs publics doivent en outre prévoir que toute personne arrêtée ou détenue, qu'elle fasse ou non l'objet d'une inculpation pénale, pourra communiquer promptement avec un avocat et en tout cas dans un délai de 48 heures à compter de son arrestation ou de sa mise en détention.

Cela est renforcé par le principe n° 15 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, annexé à la résolution 43/173 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1988 :

Nonobstant les exceptions prévues au paragraphe 4 du principe 16 et au paragraphe 3 du principe 18, la communication de la personne détenue ou emprisonnée avec le monde extérieur, en particulier avec sa famille ou son conseil, ne peut être refusée pendant plus de quelques jours.⁴⁶

Depuis la promulgation de ces Principes, l'opinion des experts sur ce délai a évolué. On s'accorde aujourd'hui à dire que même un délai de 48 heures est bien souvent trop long. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a notamment recommandé, dans son rapport à la Commission des droits de l'homme du 27 février 2003, une limite de 24 heures.⁴⁷

L'on pourra se reporter à la partie V pour des exemples spécifiques de lois nationales prévoyant l'accès à un avocat dès le tout début de la privation de liberté. Dans les pays où le libellé de la loi s'avère ambigu (comme le Canada), les Cours nationales ont estimé que l'expression « sans délai » signifiait à compter du moment où une personne est détenue – même dans les cas de détention sans inculpation.

III. Qu'entend-on par « accès » dans la pratique ?

Il est nécessaire que le détenu puisse voir son avocat avant d'être interrogé par les autorités. Leur entretien doit être privé, afin de garantir la confidentialité des échanges avocat / client sur laquelle sont fondés de nombreux systèmes juridiques – particulièrement en matière pénale.

Comme le rappelle le CCPR dans son Observation générale n° 32 sur le Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable :

⁴⁴ Le texte des Principes est disponible sur le site de la Commission :

http://www.cidh.oas.org/pdffiles/PRINCIPIOS_FRENCH.pdf

⁴⁵ cf. <http://www2.ohchr.org/french/law/barreau.htm>

⁴⁶ cf. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/43/173. Les exceptions citées se rapportent aux « besoins exceptionnels de l'enquête » et à l'impératif d' « assurer la sécurité et [de] maintenir l'ordre ».

⁴⁷ E/CN.4/2003/68, § 26(g), disponible sur : http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=3360

Le droit de l'accusé de communiquer avec son conseil exige que l'accusé ait accès à un conseil dans le plus court délai. En outre, le conseil doit pouvoir rencontrer l'accusé en privé et communiquer avec lui dans des conditions qui respectent intégralement le caractère confidentiel de leurs communications. De plus, les avocats doivent être à même de conseiller et de représenter les personnes accusées d'un crime conformément à la déontologie établie, sans être l'objet de restrictions, d'influences, de pressions ou d'interventions injustifiées de la part de qui que ce soit.⁴⁸

Les Principes de base des Nations Unies relatifs au rôle du barreau prévoient des « garanties particulières en matière de justice pénale », les principes 5 et 8 étant consacrés aux prescriptions en matière d'accès à un avocat :

Les pouvoirs publics veillent à ce que toute personne, lorsqu'elle est arrêtée ou mise en détention ou lorsqu'elle est accusée d'un crime ou d'un délit, soit informée sans délai, par l'autorité compétente, de son droit à être assistée par un avocat de son choix.

Toute personne arrêtée ou détenue ou emprisonnée doit pouvoir recevoir la visite d'un avocat, s'entretenir avec lui et le consulter sans retard, en toute discrétion, sans aucune censure ni interception, et disposer du temps et des moyens nécessaires à cet effet. Ces consultations peuvent se dérouler à portée de vue, mais non à portée d'ouïe, de responsables de l'application des lois.

L'avocat devrait également être présent lors des interrogatoires, notamment pour empêcher les aveux involontaires. Dans son rapport de 1998 faisant suite à une visite dans les centres de détention destinés à l'IRA, en Irlande du Nord, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats observait ce qui suit :

De l'avis du Rapporteur spécial, la présence d'un avocat au cours des interrogatoires de police est souhaitable car c'est un garant important de la protection des droits de l'accusé. L'absence d'un conseiller juridique peut donner lieu à des abus, notamment dans les situations d'urgence où il est question d'actes criminels plus graves.⁴⁹

Le droit pénal international reconnaît la nécessité d'une observation indépendante des interrogatoires. Par exemple, l'article 55(2)(d) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dispose que toute personne soupçonnée d'un crime relevant de la compétence de la Cour aura le droit d'être interrogée en présence de son avocat (à moins qu'elle ne renonce volontairement à ce droit)⁵⁰. On retrouve des garanties similaires, bien que moins spécifiques, dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda⁵¹ et l'ex-Yougoslavie⁵². Pour plus de détails sur le rapport entre le droit à un avocat et le droit à un procès équitable, se reporter à la section VI ci-dessous.

⁴⁸ cf. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/72/PDF/G0743772.pdf?OpenElement>, § 34.

⁴⁹ E/CN.4/1998/39/Add.4, § 47, disponible sur : <http://www2.ohchr.org/english/issues/judiciary/visits.htm>

⁵⁰ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF.183/9, disponible sur : <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>

⁵¹ cf. <http://www.icty.org/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf>, article 20(4)

⁵² cf. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf, article 21(4).

Les autorités ne doivent pas simplement se contenter d'autoriser les avocats à accéder aux lieux de détention. Si le détenu ne connaît pas d'avocat, ou n'a pas les moyens d'en rémunérer un, l'État devrait mettre à sa disposition un avocat commis d'office indépendant. Idéalement, ce dernier devrait être choisi dans une liste de bénévoles fournie par l'ordre des avocats local (ou son équivalent). A cet égard, le Principe 6 des Principes de base des Nations Unies relatifs au rôle du barreau est pertinent :

Toute personne dans cette situation qui n'a pas de défenseur, a droit, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à l'assistance d'un avocat commis d'office, ayant une expérience et des compétences suffisantes au vu de la nature de l'infraction, dont les services seront gratuits si elle n'a pas les moyens de les rémunérer.

L'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus⁵³ aborde également cette question. La règle 93 stipule :

Un prévenu doit être autorisé à demander la désignation d'un avocat d'office, lorsque cette assistance est prévue, et à recevoir des visites de son avocat en vue de sa défense. Il doit pouvoir préparer et remettre à celui-ci des instructions confidentielles. A cet effet, on doit lui donner, s'il le désire, du matériel pour écrire. Les entrevues entre le prévenu et son avocat peuvent être à portée de la vue, mais ne peuvent pas être à la portée d'ouïe d'un fonctionnaire de la police ou de l'établissement.

La règle 95 étend cette protection aux personnes arrêtées ou détenues sans avoir été inculpées.

Le principe 17 de l'Ensemble de principes des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement⁵⁴ (ci-après, l'Ensemble de principes) prévoit :

1. Toute personne détenue pourra bénéficier de l'assistance d'un avocat. L'autorité compétente l'informerá de ce droit promptement après son arrestation et lui fournira des facilités raisonnables pour l'exercer.
2. Si une personne détenue n'a pas choisi d'avocat, elle aura le droit de s'en voir désigner un par une autorité judiciaire ou autre dans tous les cas où l'intérêt de la justice l'exige, et ce sans frais si elle n'a pas les moyens de le rémunérer.

Ainsi, dans ce contexte, on désigne par « accès » une consultation privée visant à garantir le respect le plus strict des procédures et des droits du détenu. Les autorités

⁵³ cf. <http://www2.ohchr.org/french/law/detenus.htm>. Ces Règles ont été adoptées par le premier Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, convoqué à Genève en 1955, et approuvées par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977. A noter que, contrairement à ce que pourrait laisser entendre leur titre, ces Règles ne s'appliquent pas uniquement aux prisonniers mais aussi aux personnes en détention provisoire et autres détenus en instance de jugement (cf. règle 95).

⁵⁴ cf. <http://www2.ohchr.org/french/law/detention.htm>

sont tenues de faciliter une telle consultation dans toute la mesure nécessaire pour son exercice effectif.

IV. Ce droit est-il absolu ou relatif ?

Cette partie cherche à examiner si des restrictions au droit d'accès à un avocat peuvent légitimement être envisagées. Ce droit peut-il être restreint, notamment pour des raisons de sécurité nationale ? Faut-il différencier entre le fait d'interroger le détenu et celui de le questionner d'une manière informelle ?

De nombreux ordres juridiques nationaux prévoient un régime de détention au secret, notamment lorsqu'une enquête en cours risque d'être compromise, ou lorsque la sécurité nationale est en jeu. Cependant, ce type de régime aggrave les risques de mauvais traitements et autres abus, et devrait de ce fait être évité, ou du moins strictement circonscrit.

L'une des premières expressions internationales de la garantie du droit à un avocat est contenue dans l'Ensemble de principes. Le principe 18 dispose en effet :

3. Le droit de la personne détenue ou emprisonnée de recevoir la visite de son avocat, de le consulter et de communiquer avec lui sans délai ni censure et en toute confiance ne peut faire l'objet d'aucune suspension ni restriction en dehors de circonstances exceptionnelles, qui seront spécifiées par la loi ou les règlements pris conformément à la loi, dans lesquelles une autorité judiciaire ou autre l'estimera indispensable pour assurer la sécurité et maintenir l'ordre.

Cette disposition est en outre encadrée par le principe 15, comme nous l'indiquons dans la partie II du présent document.

L'Ensemble de principes a été réaffirmé en décembre 2009 dans la résolution 64/153 de l'Assemblée générale, paragraphes 19-20⁵⁵. Dans cette résolution, l'Assemblée

Rappelle sa résolution 43/173 du 9 décembre 1988, relative à l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, et, dans ce contexte, souligne que le fait de veiller à ce que tout individu placé en état d'arrestation ou en détention soit promptement présenté en personne à un juge ou autre magistrat indépendant et celui de l'autoriser à bénéficier sans retard et régulièrement de soins médicaux et des services d'un avocat ainsi qu'à recevoir la visite de membres de sa famille et de représentants de mécanismes de surveillance indépendants constituent des mesures efficaces pour prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;

Rappelle à tous les États qu'une période prolongée de détention au secret ou dans des lieux tenus secrets peut faciliter la pratique de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et peut en

⁵⁵ cf. <http://www.un.org/french/ga/64/resolutions.shtml>

soi constituer un tel traitement, et leur demande instamment de respecter les garanties protégeant la liberté, la sûreté et la dignité de chaque personne et de veiller à ce que tous les lieux secrets de détention et d'interrogatoire soient supprimés.

Cette résolution, adoptée par consensus, est la preuve que la communauté internationale dans son ensemble considère qu'une période prolongée de détention au secret ou une détention dans des lieux tenus secrets est à proscrire, même dans des circonstances exceptionnelles.⁵⁶

Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*⁵⁷, la CEDH a estimé que toute personne devait avoir le droit d'être assistée d'un avocat pour contester sa détention, et que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – contenant des garanties en matière de procès équitable – « exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police ». ⁵⁸ La CEDH a néanmoins précisé que « ce droit, que la Convention n'énonce pas expressément, peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Il s'agit de savoir dans chaque cas si, à la lumière de l'ensemble de la procédure, la restriction a privé l'accusé d'un procès équitable. »⁵⁹

En 2008, la CEDH a réaffirmé et étoffé sa position dans l'affaire *Öcalan* à l'occasion de l'affaire *Salduz c. Turquie*⁶⁰. La Cour a alors estimé que le droit à un procès équitable impliquait l'accès à un avocat dès le premier interrogatoire, et a en outre statué que, même lorsqu'il existait des raisons impérieuses de restreindre un tel accès, « il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation ». Cela signifie que même le fait de renoncer au droit à un avocat, ou d'autres exceptions valables selon le droit national, ne dispensent pas nécessairement les autorités de fournir l'accès à un avocat, si par la suite il devait s'avérer inéquitable, au vu des circonstances de l'espèce, de s'appuyer sur les preuves orales en question.⁶¹

Pour ce qui est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le droit à un avocat est susceptible d'être restreint, notons que le Comité des droits de l'homme a fait savoir ce qui suit :

Un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation au paragraphe 2 de l'article 4 est qu'ils doivent s'accompagner de garanties de procédure, qui sont souvent judiciaires. Les

⁵⁶ L'article 17(1) de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (pas encore en vigueur, mais adoptée elle aussi par consensus par l'AG des Nations Unies le 20/12/2006) proscrit également la détention au secret.

⁵⁷ Requête 46221/99. Voir également *Murray c. Royaume Uni* (Requête 41/1994).

⁵⁸ *Öcalan c. Turquie*, *op. cit.*, arrêt de la première section (Chambre) de la CEDH, 12 mars 2003, § 140. Ce passage a été approuvé par la Grande Chambre dans son arrêt rendu en appel le 12 mai 2005, § 131.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Voir plus haut, note 24.

⁶¹ Se reporter également à *Pishchalnikov c. Russie* (Requête 7025/04, arrêt de la Chambre du 24 septembre 2009, notamment § 72-91), *Oleg Kolesnik c. Ukraine* (Requête 17551/02, arrêt de la Chambre du 19 novembre 2009, § 35), et *Savaş c. Turquie* (Requête 9672/03 du 13 mars 2006, arrêt de la Chambre du 8 décembre 2009, notamment § 53-70).

dispositions du Pacte relatives aux garanties de procédure ne peuvent faire l'objet de mesures qui porteraient atteinte à la protection des droits non susceptibles de dérogation; ce qui implique que l'article 4 ne peut être invoqué dans le but de déroger aux dispositions non susceptibles de dérogation.⁶²

En vertu de ce raisonnement, des garanties telles que le droit d'accès à un avocat ne doivent jamais être restreintes d'une façon qui facilite une violation de l'article 7 de l'ICCPR (lequel est non susceptible de dérogation).

Le Rapporteur spécial sur la torture a lui aussi abordé le sujet des restrictions pour des raisons de sécurité, et suggéré une solution pour répondre à une préoccupation récurrente des États :

Dans les cas exceptionnels où il est allégué qu'une rencontre immédiate entre un détenu et son avocat pourrait poser de véritables problèmes de sécurité et où les restrictions apportées à cette rencontre sont approuvées par les autorités judiciaires, il devrait être au moins possible d'autoriser le détenu à rencontrer un avocat indépendant, comme par exemple un conseil recommandé par l'ordre des avocats.⁶³

Le fil conducteur ici est que l'accès à un avocat est un moyen important visant à assurer qu'un État respecte ses obligations liées aux droits de l'homme des personnes détenues, notamment celle de leur accorder un procès équitable et de les protéger contre toutes les formes de mauvais traitements. Lorsque l'accès à un avocat est refusé ou retardé sans raison valable, les risques de manquement à ces obligations sont accrus.

V. Quelles lois nationales envisagent déjà ce droit ?

Europe

Le droit d'accès à un avocat est particulièrement bien établi en Europe. Les Règles pénitentiaires européennes prévoient que « Les prévenus doivent être explicitement informés de leur droit de solliciter des conseils juridiques ». ⁶⁴

On trouve un exemple de la reconnaissance de ce droit en Europe dans l'article 63(4) du Code de procédure pénale français⁶⁵, lequel prévoit que « dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat ». Cette disposition, lue à la lumière de la jurisprudence de la CEDH citée plus haut (en particulier l'affaire *Salduz*), a été mise en pratique en juillet et en novembre 2009 lorsque des magistrats du Tribunal de Grande instance de Bobigny (Paris-St-Denis) ont refusé de prolonger la garde à vue de personnes prévenues de crimes graves,

⁶² Voir l'Observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme, § 15. La suite du paragraphe illustre ce propos avec un exemple lié au droit à la vie (article 6).

⁶³ Rapport 2003 à la Commission des droits de l'homme, voir ci-dessus, note 6.

⁶⁴ Se reporter à la Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres, disponible sur :

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955547>

⁶⁵ cf. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20100707>

au motif qu'elles n'avaient pas été assistés d'un avocat.⁶⁶ A l'heure où nous écrivons, cette affaire soulève en France un point de débat constitutionnel.⁶⁷

Le paragraphe 10 du chapitre 23 du Code de Procédure judiciaire suédois stipule que toute personne détenue a le droit de bénéficier de la présence d'un avocat au moment de faire sa déposition à la police, y compris durant une enquête préliminaire, à condition que cela ne compromette pas l'enquête.⁶⁸ Le SPT s'est félicité de cette disposition après sa mission en Suède en 2008 :

Le Sous-comité se félicite de cette nouvelle disposition qui permet désormais la présence d'un conseil dès le début de la privation de liberté et pour toutes les personnes détenues par la police. Elle précise en outre que la personne qui fait une déposition devant la police n'est pas nécessairement un suspect mais qu'elle peut le devenir. Le Sous-comité recommande aux autorités suédoises de prendre les mesures qui s'imposent pour que cette nouvelle disposition soit effectivement appliquée dans la pratique et que les personnes détenues par la police soient systématiquement informées de ce droit.⁶⁹

L'article 53, paragraphe 2 du Code pénitentiaire grec prescrit l'accès à un avocat pour toutes les personnes emprisonnées.⁷⁰ De même, l'article 96 du Code de procédure pénale consacre le droit des personnes inculpées à communiquer avec leur avocat.⁷¹ En 2003, le Chef de la police grecque a également publié un Protocole (directive) déclarant que tous les policiers grecs étaient également tenus de respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en permettant aux avocats d'accéder librement à toutes les personnes placées en détention (administrative ou pénale).⁷²

Au Royaume Uni, un certain nombre de « codes de pratique » accompagnent la loi de 1984 relative à la police et aux preuves en matière criminelle (*PACE Act*)⁷³, et notamment le Code C qui *fixe les prescriptions en matière de détention, de traitement et de questionnement des suspects en garde à vue non liés au terrorisme par des agents de police*⁷⁴. Le code dispose que le *droit de s'entretenir en privé avec*

⁶⁶ Les jugements du Tribunal ne sont pas publiés, cependant une copie de la décision du 30 novembre 2009 est disponible sur le site LeMonde.fr : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2009/12/decision-ild-bobigny-cedh.1259856473.pdf>. Voir également <http://www.abolir-gardeavue.fr>, le site Internet de la campagne menée par des avocats parisiens en faveur d'une réforme du système français de garde à vue, pour améliorer l'accès des détenus aux avocats. A noter que cette évolution du droit n'est pas sans susciter la polémique : le Syndicat des Commissaires de la Police nationale (www.le-scpn.fr) a diffusé un communiqué de presse le 3 décembre 2009 déplorant que le droit européen des droits de l'homme prenne le pas sur le droit national français.

⁶⁷ Voir, entre autres : <http://info.france2.fr/france/la-garde-a-vue-conforme-a-la-constitution--61451481.html>

⁶⁸ Une traduction officielle (en anglais) du Code est disponible sur : <http://www.regeringen.se/content/1/c4/15/40/472970fc.pdf>

⁶⁹ Voir le Rapport sur la visite du SPT en Suède (CAT/OP/SWE/1, 10 septembre 2008), § 56 (la version originale du rapport, en anglais et en lieu et place de « personnes détenues », mentionne les termes « all persons obliged to remain with the police », *toutes personnes obligées de demeurer avec la police*).

⁷⁰ A défaut d'une traduction facilement accessible du Code, se reporter au communiqué (en anglais) du Chef de la Police, M. Fotios Nasiakos, du 4/7/03 sur le traitement et les droits des personnes détenues par la police grecque, à consulter sur : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/426fa1f14.pdf>, § 3(f).

⁷¹ *Ibidem*, § 3(e).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Police and Criminal Evidence Act 1984, disponible sur :

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1984/pdf/ukpga_19840060_en.pdf

⁷⁴ <http://police.homeoffice.gov.uk/operational-policing/powers-pace-codes/pace-code-intro/> (*traduction libre de l'anglais*).

son défenseur et... de bénéficier d'un conseil juridique gratuit et indépendant est d'application à toutes les étapes de la garde à vue.⁷⁵ La Note 1A du Code précise que les personnes se trouvant de leur plein gré dans un poste de police (par exemple, des témoins) devront également bénéficier du droit absolu à une assistance juridique.⁷⁶ Cependant, en vertu de la section 67(10) du *PACE Act*⁷⁷, aucune responsabilité – civile ou pénale – ne découle d'une infraction aux Codes.

Les articles 255(1) et 256 du Code de procédure pénale albanais disposent ce qui suit :

Les officiers et agents de la police judiciaire ayant procédé à une arrestation ou à une détention, ou retenu une personne en vue de la détention, devront immédiatement informer le procureur du lieu où l'arrestation ou la détention a eu lieu. Ils devront expliquer à la personne arrêtée ou détenue qu'elle a le droit de garder le silence et de choisir un avocat, et notifier sans délai l'avocat choisi, ou un avocat commis d'office par le procureur.

Le procureur interroge la personne arrêtée ou détenue en présence de l'avocat choisi par cette dernière ou de l'avocat commis d'office. Il doit informer la personne arrêtée ou détenue des faits à la base de la procédure ainsi que des raisons de l'interrogatoire, indiquer les accusations portées à son encontre, et même, lorsque cela ne risque pas de compromettre l'enquête, les sources.⁷⁸

Le Code de procédure pénale de la Fédération de Russie prévoit la garantie suivante :

Le suspect aura le droit (...) de faire appel à l'assistance d'un avocat dès l'instant stipulé aux points 2 et 3 de la troisième partie de l'article 49 du présent Code, et de s'entretenir avec lui en privé et de façon confidentielle avant son premier interrogatoire.⁷⁹

De nombreux autres codes pénaux et constitutions européens prévoient des garanties de même nature.⁸⁰

⁷⁵ *Ibidem*, p. 9 (traduction libre de l'anglais).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁷ Voir plus haut, note 74.

⁷⁸ *cf.*

<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1654/file/3e7ef0be7ad60ee6e16cbd8b63db.htm/previaw> (traduction libre de l'anglais).

⁷⁹ Disponible (en anglais) sur :

<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1698/file/3a4a5e98a67c25d4fe5eb5170513.htm/previaw> (traduction libre de l'anglais). Se reporter également aux articles 49(3)(3) et 92(4).

⁸⁰ Des traductions non officielles de ces lois en anglais sont disponibles sur :

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. Parmi les autres codes comprenant des garanties pertinentes, l'on citera : le Code de procédure pénale de la République d'Azerbaïdjan (article 85.2.3) ; le Code de procédure pénale de la République serbe de Bosnie (articles 47(1) et 201(5)) ; le Code de procédure pénale de la Bulgarie (article 97) ; le Code de procédure pénale de l'Estonie (article 45) ; le Code de procédure pénale de l'ex-République yougoslave de Macédoine (article 3) ; le Code de procédure pénale de la République de Moldova (article 17) ; le Code de procédure pénale du Monténégro (articles 5 et 13) ; le Code de procédure pénale de la Norvège (articles 96-8 et 107) ; le Code de procédure pénale fédérale de la Suisse (article 35 – NB cet article ne prévoit le droit à un avocat qu'à compter de la première audience de détention, laquelle doit avoir lieu dans les 24 heures suivant la détention) ; le Code de procédure pénale de l'Ouzbékistan (article 49, tel qu'amendé en 1999). A noter que cette liste n'est pas exhaustive, mais correspond uniquement aux codes pour lesquels l'auteur a pu accéder à des traductions en langue anglaise.

Les Amériques

Le sixième et le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis⁸¹ ont été interprétés comme garantissant un droit à un avocat au moment même ou après que des poursuites judiciaires aient été initiées à l'encontre d'une personne. La Cour suprême a interprété cette garantie comme incluant les arrestations opérées en vertu d'un mandat et les interrogatoires.⁸²

La Charte canadienne des droits et des libertés prévoit le droit de recourir « sans délai » à un avocat.⁸³ Dans l'affaire *Suberu c. Sa Majesté la Reine*⁸⁴, la Cour suprême canadienne a examiné la question de savoir si ce principe devait s'entendre différemment en cas de détention en l'absence d'inculpation. Elle a conclu que ce droit s'appliquait dès le début de la détention, et qu'il ne pouvait être limité qu'en cas de menace pour la sécurité de l'agent ou du public ou de restrictions prescrites par la loi et conforme à l'objet de la Charte.⁸⁵

La Constitution mexicaine de 1917, telle qu'amendée, prévoit qu'une personne a le droit à une défense adéquate par un avocat, et qu'elle pourra choisir cet avocat à tout moment à compter de son arrestation ou de sa détention.⁸⁶ Le droit d'accès en tant que tel à un avocat, invoqué plus loin dans le même paragraphe, est prévu à tous les stades de la procédure.⁸⁷ De même qu'aux États-Unis, le débat subsiste quant à savoir si cela signifie dès le moment de la privation de liberté, ou à un stade ultérieur.⁸⁸

Océanie

La Charte des droits de la Nouvelle Zélande dispose que

*[t]oute personne arrêtée ou détenue en vertu d'une disposition quelle qu'elle soit (...)
[a]ura le droit de consulter et de mandater sans délai un avocat, et d'être informé de ce droit.*⁸⁹

De même, la section 65(c)(ii) de la Constitution des Îles Cook prévoit :

⁸¹ Soit les garanties d'une assistance juridique pour se défendre d'une accusation au pénal, et d'une procédure en bonne et due forme (*due process*) durant la privation de liberté.

cf. <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>.

⁸² cf. *Brewer c. Williams* 430 US 387 (1977), disponible sur :

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0430_0387_ZO.html, p. 398-399.

⁸³ Article 10(b). Voir : <http://lois.justice.gc.ca/fr/charte/index.html> dans la rubrique « Garanties juridiques ».

⁸⁴ 2009 SCC 33, disponible sur : <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2009/2009csc33/2009csc33.html> (résumé officiel disponible sur : <http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/cms-sgd/sum-som-fra.aspx?cas=31912>).

⁸⁵ *Ibidem* (se reporter en particulier au § 2 du jugement de la majorité).

⁸⁶ Traduction libre. Dans le texte : « *Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención* », article 20(B), § VIII. Cf.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

⁸⁷ Traduction libre. Dans le texte : « *...en todos los actos del proceso* ».

⁸⁸ Se reporter au Rapport spécial intitulé *Presumed Guilty: Criminal Justice and Human Rights in Mexico* – 24 Fordham Intl LJ (2000-01) 801, p. 843.

⁸⁹ Article 23(1)(b) du Bill of Rights Act 1990.

cf. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html> (traduction libre de l'anglais).

*Nulle disposition ne pourra être interprétée ou appliquée de manière à priver toute personne arrêtée et détenue du droit, dans la mesure du possible, d'avoir et de mandater un avocat sans délai.*⁹⁰

Afrique

A Madagascar, l'article 4 de la Loi contre la torture de 2008⁹¹ prévoit l'application de plusieurs garanties fondamentales « dès l'instant où intervient la privation de liberté d'une personne », y compris « le droit à un avocat ou à l'assistance d'une personne [du] choix [du détenu] ».

La section 35(2)(b) de la Constitution de l'Afrique du Sud dispose que *toute personne détenue, y compris tout prisonnier condamné, a le droit (...) de choisir et de consulter un avocat, et d'être informée promptement de ce droit*⁹².

Dans un même ordre d'idées, la section 14(2) de la Constitution de la République du Ghana prévoit : *Une personne arrêtée, retenue ou détenue sera informée immédiatement, et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation, rétention ou détention, et de son droit à un avocat de son choix*⁹³.

Autres

Il existe bien d'autres exemples en droit national de garanties de ce type ; une énumération exhaustive de ceux-ci irait au-delà de l'objet du présent document. Cependant, les exemples précédents démontrent l'ample reconnaissance du droit d'accès à un avocat en cas de privation de liberté – même si les États choisissent de le caractériser de façons différentes.

Approche recommandée

La plupart des législations précédemment citées présentent l'inconvénient significatif d'associer le droit d'accès à un avocat aux poursuites pénales, restreignant de ce fait ce droit aux suspects. Or pour constituer une garantie complète contre la torture, les mauvais traitements et d'autres atteintes aux droits de l'homme, l'accès à un avocat devrait être consenti à toute personne effectivement privée de liberté, y compris les personnes soumises à une forme quelconque de détention administrative⁹⁴, les témoins et autres « personnes d'intérêt » pour les autorités. Aussi l'approche idéale

⁹⁰ Le texte de la Constitution est disponible sur : http://www.paclii.org/ck/legis/num_act/cotci327 (*traduction libre de l'anglais*). Un défaut d'informer de ce droit avant de procéder à un interrogatoire a conduit à une décision d'irrecevabilité dans l'affaire *Police c. Ngametua Tutakiau* [2001] Cook Islands Crim.

⁹¹ « Loi #2008-008 du 25 juin 2008 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », disponible sur : <http://www.apr.ch/tld/Madagascar.pdf>.

⁹² <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf> (*traduction libre de l'anglais*).

⁹³ http://www.parliament.gh/chapter_five_-_fundamental_human_right_and_freedoms.html (*traduction libre de l'anglais*)

⁹⁴ Cette proposition est étayée par l'Ensemble de principes (voir plus haut, note 47. La définition du terme « détenu » n'est pas limitée aux affaires criminelles ; par ailleurs, dans sa Résolution 1993/36 sur la question de la détention arbitraire, l'ancienne Commission des droits de l'homme a expressément affirmé que l'Ensemble de principes englobait également la détention administrative (cf.

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/fe59d64a20ec7117c1256a8400459c75?Opendocument> p. 6). L'Ensemble de règles minima (voir plus haut, note 54) s'applique également aux personnes arrêtées ou détenues sans inculpation (cf. règle 95), et les Standards du CPT évoquent l'accès à un avocat pour les migrants sans papiers placés en détention administrative [Rev 2009, p. 50, voir ci-dessus note 39].

consiste-t-elle à inclure cette garantie dans une Charte des droits d'application générale.

VI. Droits connexes

Mis à part l'article 7 ICCPR, et les articles 2 et 16 UNCAT (et d'autres interdictions bien établies de la torture et autres mauvais traitements⁹⁵), la garantie que constitue l'accès à un avocat est associée à l'interdiction, en droit international, de l'arrestation et de la détention arbitraires, consacrée par l'article 9(1) ICCPR.⁹⁶ Les articles 9(3) et 9(4) ICCPR sont également pertinents. Le droit d'être déféré promptement devant un juge pour une audience préliminaire⁹⁷, comme celui de contester la légalité de sa détention (*habeas corpus*) sont d'autres garanties fondamentales contre la torture et autres mauvais traitements. Dans sa résolution 34/178, l'Assemblée générale des Nations Unies

Considère que ces recours peuvent également empêcher les personnes qui ont autorité sur les détenus de leur infliger des tortures ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.⁹⁸

Bien qu'ils soient largement établis en droit international, le respect de ces droits est loin d'être universel, et cet état de choses ne s'améliorera pas à moins que les détenus aient accès à une représentation juridique effective.

De plus, comme nous le disions plus haut, il existe des chevauchements entre ce droit et le droit à une représentation juridique adéquate dans les procès au pénal.⁹⁹ Bien que ce document traite moins du droit à un avocat en tant que garantie d'un procès équitable qu'en tant que garantie contre les mauvais traitements, il est évident que les preuves préjudiciables obtenues lors d'interrogatoires réalisés en l'absence d'un avocat sont susceptibles de déboucher sur une condamnation inéquitable.¹⁰⁰

⁹⁵ Se reporter, notamment, à la Convention européenne des droits de l'homme

(<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>), à l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>), ou à l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Banjul, http://www.achpr.org/francais/info/charter_fr.html).

⁹⁶ Voir notamment l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ; l'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; ou l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁹⁷ Dans son Observation générale n° 8, le CCPR déclare : « Le paragraphe 3 de l'article 9 prévoit que toute personne arrêtée ou détenue du fait d'une infraction pénale sera traduite « dans le plus court délai » devant le juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer les fonctions judiciaires. Des délais plus précis sont fixés par la législation dans la plupart des États parties et, de l'avis du Comité, ces délais ne doivent pas dépasser quelques jours. »

⁹⁸ cf. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/178&Lang=E, § 2. L'expression « ces recours » se réfère à l'*amparo*, à l'*habeas corpus* et à d'autres voies de recours visant le même effet (cf. § 1).

⁹⁹ Voir, par exemple, l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; et l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁰⁰ Se reporter, notamment, à *Salduz c. Turquie* (cf. note 24), et plus particulièrement au § 55 de l'arrêt de la Grande Chambre du 27 novembre 2008.

Conclusion

Le respect du droit d'accès à un avocat, supporté par la coopération des autorités responsables de la détention, est essentiel à la mise en œuvre effective, par l'État, des articles 2 et 16 de l'UNCAT (obligation de prévenir), de même que pour réduire les risques d'autres violations des droits de l'homme. Dans les pays où le pouvoir judiciaire n'a qu'un contrôle restreint sur les détentions opérées par l'exécutif, le rôle des avocats indépendants s'avère encore plus important.

Il est donc fortement recommandé que tout gouvernement ne l'ayant pas encore fait inscrive ce droit dans sa législation nationale, en tenant compte des éléments essentiels de cette garantie, à savoir :

- son application devrait intervenir dès le début de toute privation de liberté, ou en tout les cas avant le premier interrogatoire ;
- ce droit devrait s'appliquer à toute personne détenue contre son gré, et pas uniquement aux personnes soupçonnées d'implication dans un crime ;
- l'accès du détenu à son avocat devrait être illimité et confidentiel ;
- enfin, il conviendrait d'inclure dans les législations pertinentes :
 - des sanctions disciplinaires pour les autorités qui refuseraient l'accès des avocats aux détenus, ou des détenus aux avocats ;
 - l'irrecevabilité des preuves obtenues en l'absence de cette garantie.

Le fait de garantir, dans la mesure du possible, la présence effective d'un avocat lors de tout questionnement ou interrogatoire permettrait d'assurer une plus grande protection des détenus et de réduire les risques de violations.

Les droits d'accès à un avocat en vigueur dans les législations nationales qui omettraient l'un ou l'autre de ces éléments essentiels devraient être révisés.

