

ISBN No. 978-99949-949-3-9

L'effectivité des droits de la défense en droits français et mauricien¹

Romain Ollard

Professeur à l'Université de Poitiers

Différences de traditions juridiques et de modèles procéduraux. Si, contrairement à la France, l'île Maurice a intégré les droits de la défense dans sa Constitution, c'est sans nul doute en raison de la différence de tradition juridique qui anime chacun des deux pays. Tandis que, dans la pure tradition juridique anglo-saxonne, la Constitution mauricienne a intégré la protection des droits fondamentaux, notamment les droits de la défense, la Constitution française de 1958, d'essence institutionnelle et politique, n'a envisagé pour sa part que les seuls droits politiques. Dans ce prolongement, on sait que l'île Maurice a historiquement subi une double influence juridique – anglaise et française –, ce dont il est résulté l'émergence d'un droit mixte, teinté tout à la fois de *common law* et de tradition civiliste. En matière spécifiquement pénale, ce caractère mixte s'est opéré de façon distributive puisque si le droit pénal de fond est baigné de tradition française², la procédure pénale, calquée sur le modèle britannique, est d'essence accusatoire, qui fait la part belle au principe du contradictoire et aux droits de la défense. Au contraire, c'est le modèle inquisitoire qui, longtemps, domina le droit français, sa procédure pénale s'étant construite dans le culte du secret et de l'efficacité policière, au détriment des droits de la défense qui restèrent longtemps à l'état embryonnaire, jusqu'au milieu des années 1990 où ils prirent véritablement leur essor.

Prévision minutieuse des droits de la défense dans la Constitution mauricienne. Résolument moderne sur ce point, la Constitution mauricienne de 1968 a ainsi élaboré un régime juridique, particulièrement détaillé et protecteur, applicable aux droits de la défense. Outre une section 5 relative à la protection contre les détentions arbitraires ou illégales – l'*habeas corpus* –, on peut notamment y lire une très belle Section 10 sur le droit à un procès équitable, qui ressemble à s'y méprendre l'article 6 de la Convention EDH, à ceci près que le texte mauricien se veut spécifique à la matière pénale. Se trouvent ainsi garantis le droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, le droit d'être jugé équitablement dans un délai raisonnable³, la présomption d'innocence, le droit à l'assistance d'un avocat, le principe du contradictoire ainsi que le droit pour le suspect d'être informé de l'accusation portée contre lui⁴. Amplifiant ces garanties formelles, la Cour suprême a ajouté à cette liste, par exemple en décidant dès 1985, dans l'affaire *Ramdeen*, que le droit de garder

¹ Version écrite d'une communication orale réalisée dans un colloque organisé à l'université de Maurice les 14, 15 et 16 mars 2018 (*Le développement constitutionnel de Maurice, en l'honneur du cinquantième de l'indépendance de Maurice en 2018*), cet article sera par ailleurs publié, sous un intitulé différent et une forme quelque peu remaniée, aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille (« Les droits de la défense. Analyse de droit comparé franco-mauricien », PUAM, 2018, à paraître) : que les organisateurs du colloque, spécialement Jacques Colom, soient ici remerciés d'avoir permis la publication de ce texte dans les présentes colonnes. Des remerciements doivent encore être adressés à Monsieur Sabir Kadel, *Senior Law reform officer* à la *Law Reform Commission*, pour l'aide précieuse apportée tant dans la collecte des sources documentaires que dans la compréhension du droit mauricien.

² Hormis quelques rares infractions empruntées au droit anglais, le Code pénal mauricien aujourd'hui en vigueur est une reproduction quasi identique du Code pénal français de 1810.

³ Section 10 (1).

⁴ Section 10 (2).

le silence était un principe fondamental du droit pénal, reconnu tout au long de la procédure, dès l'arrestation du suspect au stade de l'enquête⁵.

Promotion tardive des droits de la défense en droit français. Par contraste, ce n'est que tardivement – et poussivement – que le droit français s'est attaché à promouvoir les droits de la défense, souvent contraint et forcé, il faut bien l'admettre, sous la double influence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. Si le Conseil a conféré une valeur constitutionnelle aux droits de la défense, leur source principale se trouve aujourd'hui dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui recense les principes directeurs applicables à la procédure ainsi que les garanties accordées aux suspects. Mais si ce texte brille tant par sa rédaction que par la complétude de son contenu, son caractère opératoire et sa valeur normative interrogent en ce sens qu'il n'est pas certain qu'il puisse paralyser une disposition technique du code qui lui serait contraire, de sorte que c'est en définitive la Convention européenne des droits de l'homme, directement applicable dans l'ordre interne, qui pourrait apparaître comme la source essentielle des droits de la défense en droit français⁶.

Effectivité des droits de la défense en droits français et mauricien ? Mais au-delà des apparences et des déclarations contenues dans la loi ou la Constitution – souvent grandiloquentes en matière de protection des droits fondamentaux –, la seule question pertinente qui mérite d'être posée est celle de savoir si les droits de la défense sont effectivement garantis au cours de la procédure pénale. Il s'agit alors d'envisager concrètement, dans les faits, l'effectivité réelle des droits de la défense, aussi bien en France qu'à Maurice, selon une méthode chère à la Cour européenne des droits de l'homme.

Etendue et intensité de la protection des droits de la défense. Certes, du point de vue de leur domaine, les droits de la défense, ayant progressivement conquis de nouveaux territoires, ont gagné en étendue pour s'appliquer à tous les stades de la procédure, de l'enquête jusqu'au jugement. Mais, ce qu'ils ont conquis en étendue, les droits de la défense l'ont-ils corrélativement gagné en intensité ? La réponse mérite d'être nuancée dès lors que les droits de la défense ne s'appliquent pas avec la même intensité selon la phase de la procédure envisagée : graduellement, ils augmentent à mesure que la procédure avance dans le temps, prenant progressivement corps et consistance pour s'appliquer finalement à « plein régime », dans leur perfection pourrait-on dire, au stade du jugement, tant en droit français que droit mauricien⁷.

Intensité moindre des droits de la défense au cours des enquêtes. En revanche, dans les phases antérieures au jugement, les droits de la défense s'appliquent avec une intensité moindre, spécialement pendant l'enquête policière, au cours de laquelle l'objectif d'efficacité policière prend le pas, dans une logique inquisitoire, sur les droits de la défense. Or, la question – qui demeure controversée – est désormais lancée de savoir si les droits de la défense ne devraient pas pénétrer plus complètement l'ensemble des phases de la procédure, spécialement l'enquête. Parce qu'au fond, on le sait, de l'aveu même du Conseil constitutionnel, l'enquête policière constitue la phase principale de la procédure pénale, celle au cours de laquelle se construit le dossier de la

⁵ *Ramdeen v. R* (1985) MR 125. *Adde, R. v. Boyjoo* (1991) MR 284, où il fut décidé que la police devait informer le suspect de son droit à garder le silence, droit découlant de la Section 10 (7) de la Constitution.

Par contraste, en droit français, il fallut attendre la réforme de la garde à vue de 2011 pour que le suspect soit informé de son droit de garder le silence (CP, art. 63-1).

⁶ Conv. EDH, art. 6, §3.

⁷ Ainsi par exemple, en vertu de la section 10 (2) e) de la Constitution mauricienne, l'accusé pourra obtenir la comparution et l'interrogatoire non seulement de tous les témoins qu'il jugerait utile à sa cause mais encore de tous ceux cités par le ministère public devant tout tribunal.

procédure qui servira de support au futur procès⁸. Dès lors, si le suspect ne peut pas se défendre utilement à ce stade, il est permis de se demander quand il pourra le faire. Au stade du jugement, répondront certains. Mais n'est-ce pas trop tard dès lors qu'à cet instant les dés sont jetés puisque le dossier de la procédure est déjà constitué ?

Nécessité de se défendre au cours de l'enquête. Or, que ce soit en droit français ou mauricien, il semble que le suspect ne soit pas concrètement mis en mesure de se défendre utilement contre l'accusation qui est portée contre lui au stade de l'enquête. Sans doute lui offre-t-on la possibilité de contester la légalité de sa détention au cours de l'enquête, de sorte qu'il peut se défendre – efficacement – en ce qui concerne sa privation de liberté. En revanche, l'œuvre est encore perfectible pour ce qui est de l'accusation portée contre le suspect dès lors, d'une part, que son avocat se trouve réduit à un rôle purement passif (I) et que l'enquête, d'autre part, ne consacre pas pleinement le principe du contradictoire (II).

I. Le rôle passif de l'avocat pendant l'enquête

Qu'il s'agisse d'envisager le droit français (A) ou mauricien (B), l'avocat du suspect est cantonné, au cours de l'enquête policière, dans un rôle passif de garant de la légalité de la détention de son client, non dans celui d'un défenseur de l'accusation portée contre lui.

A. Le rôle passif de l'avocat en droit français

Progression suffisante de la place de l'avocat au cours des enquêtes ? Si la place de l'avocat a sensiblement augmenté ces dernières années au cours des enquêtes policières, spécialement au cours de la garde à vue, le rôle qu'il a acquis est-il suffisant dans l'optique d'une défense utile de son client ? Son rôle au cours des interrogatoires (1) ainsi que son accès restreint au dossier de la procédure (2) pourraient inciter à poursuivre l'œuvre de progression dès l'instant, du moins, qu'il est admis que l'avocat doit participer activement à la défense de son client, déjà à ce stade.

1. Le rôle de l'avocat au cours des interrogatoires

Progression de la place de l'avocat au cours des interrogatoires. En France, la place de l'avocat au cours de la garde à vue⁹ a nettement progressé au cours de ces dernières années. Pendant longtemps en effet, son rôle fut limité à un entretien confidentiel de 30 minutes avec son client avant le début de la mesure¹⁰ afin qu'il l'informe de ses droits et qu'ils puissent construire, ensemble, un embryon de défense. Ce rôle s'est élargi avec la réforme intervenue en 2011, sous la double influence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont exigé, de concert, que le suspect puisse bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant toute la durée de la garde à vue¹¹ : l'avocat peut donc désormais être présent pendant toute la durée de la mesure, spécialement pendant les interrogatoires.

⁸ CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, QPC, consid. 16, RSC 2011, 139, obs. B. de Lamy, décrivant l'enquête comme « *la phase principale de constitution du dossier de la procédure* ».

⁹ Laquelle peut être définie comme une mesure privative de liberté aux fins d'audition d'un suspect (C. proc. pén., art. 62-2).

¹⁰ V., encore aujourd'hui, C. proc. pén., art. 63-4.

¹¹ CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, QPC ; CEDH 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466/07.

De l'avocat annihilé à l'avocat éliminé. Le Code de procédure pénale vient toutefois préciser à cet égard que l'avocat peut prendre des notes et poser des questions durant l'interrogatoire, mais seulement à l'issue de l'audition de son client¹². Il apparaît ainsi que si l'avocat peut bien être présent, l'interrogatoire n'est nullement contradictoire en ce sens qu'il n'y joue aucun rôle actif dans la défense de son client. Deux dispositions complémentaires sont encore symboliques de ce rôle passif dans lequel reste cantonné l'avocat. D'une part, les policiers peuvent s'opposer aux questions de l'avocat qui seraient « de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête »¹³, de sorte que si sa présence de est tolérée, c'est à la condition que l'efficacité de l'enquête n'en pâtisse pas. « En cas de difficulté » d'autre part, les policiers peuvent mettre fin à l'audition afin que soit organisé le remplacement de l'avocat « gênant » : les officiers de police judiciaire avertissent alors le procureur de la République qui peut décider de saisir le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat¹⁴. La loi pénale a ainsi créé une procédure permettant d'éliminer l'avocat perturbateur, ce qui témoigne d'une certaine méfiance – défiance ? – à son égard. Mais alors, si l'avocat n'a pas pour rôle défendre son client contre l'accusation portée contre lui, pourquoi peut-il assister aux interrogatoires ? Sans doute, précisément, en raison de sa présence dissuasive, afin de garantir la légalité du déroulement de la procédure, ainsi que vient le confirmer la question – elle aussi controversée – de l'accès au dossier de la procédure.

2. L'accès restreint au dossier de la procédure

Exclusion de la consultation des pièces utiles à la défense. En France¹⁵, l'avocat et son client n'ont qu'un accès limité au dossier de la procédure au stade de l'enquête policière, restreint à la consultation de certaines pièces seulement, limitativement énumérées : seuls pourront ainsi être consultés l'examen médical ainsi que les procès-verbaux de placement en garde à vue, de notification des droits et d'audition de la personne retenue¹⁶. Toutes les autres pièces se trouvent exclues du droit de consultation, qu'il s'agisse notamment des procès-verbaux d'audition des témoins et des victimes ou des preuves matérielles qui auraient pu être recueillies au cours de l'enquête, alors pourtant qu'elles pourraient constituer des éléments incriminants à l'encontre du suspect. Or, un tel accès limité au dossier montre bien que l'avocat n'a pas pour rôle de défendre son client au cours de la garde à vue car comment construire une défense efficace sans connaître les éléments à charge recueillis par les enquêteurs ?

¹² C. proc. pén., art. 63-4-3, al. 2.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ C. proc. pén., art. 63-4-3, al. 1.

¹⁵ En droit mauricien, il résulte de la section 10 (3) de la constitution que, lorsqu'une personne est jugée pour une infraction pénale, l'accusé doit, s'il en fait la demande, se voir remettre, dans un délai raisonnable après le jugement une copie de tout dossier de l'instance (transcription des procès-verbaux, notes de preuve du juge président, résumé et copies de documents ou de pièces). Toutefois la disposition ne vise en réalité que le seul accès au dossier du jugement, communiqué après son prononcé, afin que l'accusé puisse exercer utilement son droit d'appel (*Ramdin N. & Anor v. State (2010)*), non le dossier de l'enquête.

S'agissant spécifiquement d dossier de l'enquête, le droit de consultation pourrait être déduit de la section 10 (2) (c) de la Constitution, qui prévoit que l'accusé doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, ce qui impliquerait que la partie poursuivante ait l'obligation de mettre à la disposition de la défense les éléments de preuve sur lesquels se fonde l'accusation. Toutefois, à notre connaissance, aucune décision en ce sens ne peut être relevée.

¹⁶ C. proc. pén., art. 63-4-2.

Fondement de l'accès restreint au dossier : contestation de la légalité de la procédure. En réalité, l'examen de cette liste montre que l'avocat n'a accès qu'aux seules pièces utiles pour contester la légalité de la procédure en ce qu'elles lui permettront de vérifier que son client a bien été informé de ses droits, de la nature de l'infraction reprochée et qu'il a effectivement bénéficié de son droit à un examen médical. La jurisprudence ne dit d'ailleurs pas autre chose puisque, pour justifier cet accès restreint au dossier, les juges internes ont pu décider, d'une seule voix, que les pièces communiquées à l'avocat étaient suffisantes pour contester la légalité de la garde à vue¹⁷. Il n'est toutefois pas certain que cette vision du rôle de l'avocat soit conforme à la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui estime qu'au cours de la garde à vue, le suspect doit pouvoir bénéficier de « l'assistance effective d'un avocat » dans toutes les facettes de ses fonctions, qu'il s'agisse non seulement du « *contrôle des conditions de détention* » mais encore de « *l'organisation de la défense* »¹⁸. C'est là exiger, semble-t-il, que l'avocat puisse disposer, dès les premiers stades de l'enquête, des éléments recueillis par l'accusation afin de construire une défense efficace, ce qui semble impliquer un accès utile au dossier, à rebours des solutions du droit interne.

Fondement de l'accès restreint au dossier : appréciation globale du droit à un procès équitable. Afin de valider le système de l'accès restreint au dossier, les juridictions internes ont encore développé un autre argument, selon lequel il importe peu que l'avocat et son client n'aient pas accès à l'entier dossier au stade de l'enquête dès lors qu'ils pourront le consulter dans sa globalité à un stade ultérieur, au moment de l'instruction ou du jugement. Cette analyse est fondée sur une appréciation dite globale du droit à un procès équitable qui veut que les droits de la défense soient envisagés non pas isolément, au sein de chacune des phases de la procédure, mais globalement, au regard de la procédure dans son ensemble. En définitive, il est bien possible de tolérer quelques entorses aux droits de la défense au stade de l'enquête, dès lors qu'elles seront corrigées, rattrapées en quelque sorte, plus tard au cours de la procédure, comme si la nécessité de se défendre n'apparaissait pas dès les premiers pas de l'enquête, avec l'apparition de soupçons. La logique pourrait être tenue pour inébranlable si ce n'est que, de l'aveu même du Conseil constitutionnel, l'enquête policière est devenue, bien plus que l'hypothétique et rarissime instruction, « *la phase principale de constitution du dossier de la procédure* »¹⁹, de sorte que c'est en définitive au cours de l'enquête que la nécessité de se défendre se fait la plus impérieuse.

Accès étendu au dossier ? Sans doute ne s'agit-il pas encore d'engager, à ce stade, une discussion sur le « *bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs qui ont vocation à être discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement* »²⁰. Il n'en demeure pas moins qu'il apparaît dès à présent impérieux pour le suspect d'être en mesure de se défendre contre les accusations précises et concrètes qui seront portées contre lui au cours de son interrogatoire : car il ne s'agit plus seulement alors de se défendre contre une accusation générale dont il est d'ailleurs informé²¹, mais bien de se défendre *in specie*, contre des éléments de preuve concrets invoqués par les autorités policières lors de l'interrogatoire. Dans ces conditions, peut-être serait-il possible d'adhérer à une vision médiane qui consisterait à permettre la consultation par la défense, non pas de toutes les pièces du dossier « *sur la base desquels la garde à vue a été décidée* »²² – pièces fondant la garde à

¹⁷ CC, 18 novembre 2011, précité ; Crim. 19 septembre 2012, n° 12-83.997 ; CE 11 juillet 2012, n° 349752.

¹⁸ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03, § 32, D. 2009, p. 2897, note J.-F. Renucci ; *Dr. pén.* 2010, Chr. 3, E. Dreyer.

¹⁹ CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, QPC, consid. 16, RSC 2011, 139, obs. B. de Lamy ; CC QPC, 18 novembre 2011, consid. 28, D. 2011, 3034, note H. Matsopoulou.

²⁰ CC, 18 novembre 2011, précité.

²¹ CPP, art. 63-1, 2°.

²² Amendement n° 63, lors de la discussion relative la réforme de la garde à vue.

vue –, mais seulement de celles sur la base desquelles l'interrogatoire sera mené²³ – pièces fondant l'accusation au cours de l'interrogatoire –. Une telle vision permettrait de ménager tous les intérêts en présence, non seulement ceux de l'accusation en permettant aux policiers de ne pas dévoiler tous les éléments dont ils disposent, mais encore ceux de la défense en exigeant des enquêteurs qu'ils produisent à tout le moins les pièces dont ils font état au cours de l'interrogatoire, afin d'éviter qu'ils ne « prêchent le faux pour avoir le vrai », ce qui rejoint ici les considérations relatives à la loyauté des autorités publiques dans la recherche des preuves.

Rôle de l'avocat : présence passive et dissuasive. Purement passive, la présence de l'avocat durant la garde à vue se veut donc essentiellement dissuasive. Son rôle est alors sans doute moins celui d'un défenseur de son client que celui d'un garant de la légalité de la procédure, ce qui rapproche le droit français du droit mauricien sur ce point.

B. Le rôle passif de l'avocat en droit mauricien

Certes, comme en droit français, l'avocat mauricien se voit offrir la possibilité de contester la légalité de la privation de liberté dont son client est l'objet (1) ; mais, pas davantage que le droit français, le droit mauricien ne lui offre véritablement la possibilité de construire une défense utile dès le stade de l'enquête (2).

1. L'avocat défenseur de la légalité

Habeas corpus : protection contre les détentions arbitraires et illégales. « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf autorisation légale », énonce fièrement la Section 5 de la constitution mauricienne. En vertu de cet *habeas corpus* d'inspiration anglo-saxonne – ou droit à la sûreté selon l'appellation française –, le suspect se trouve protégé contre toutes les formes de détentions illégales ou arbitraires, ce dont il résulte que le suspect objet d'une arrestation et son avocat se voient reconnaître le pouvoir de contester toute mesure de privation de liberté au cours de l'enquête. En vertu de la Section 5 (3) (c) de la Constitution en effet, dès lors qu'une personne est arrêtée ou privée de liberté, notamment dans le cadre d'un « *provisional charge* »²⁴, elle doit être présentée devant un tribunal sans retard excessif afin qu'elle soit mise en mesure de contester la légalité ou le caractère arbitraire de la détention dont elle est l'objet.

Effectivité de la protection contre les détentions arbitraires et illégales. Or, la Cour suprême vient offrir une protection particulièrement énergique à cette disposition non seulement en affirmant le caractère obligatoire du droit de présentation à un tribunal²⁵ mais, encore et surtout, en exerçant un contrôle effectif sur les motifs et les raisons de la détention. Ainsi par exemple, dans la célèbre affaire *Sheriff*²⁶, la Cour suprême affirme certes que la police a « un droit indéniable d'arrêter et de détenir des personnes soupçonnées ». Mais c'est pour ajouter aussitôt, selon une formule fameuse,

²³ V. les propositions de la mission Beaume relative à la rénovation de la procédure d'enquête pénale (10 juillet 2014).

²⁴ Equivalent de la garde à vue française, le « *provisional charge* » est une mesure privative de liberté au cours de l'enquête, constitutive d'une pratique policière dès lors qu'elle n'est pas légiférée (v. *infra*).

²⁵ *DPP v. Virasawmy* (1971). V. également *Moorbanoo v. State* (1989) où la Cour suprême affirme que ce droit de présentation n'est pas une simple formalité de procédure.

²⁶ *Sheriff v. District Magistrate of Port Louis* (1989) MR 260. V. également *Dahoo v. State & Commissioner of Police* (2007) SCJ 156, où la Cour suprême décide du caractère illégal d'une arrestation en présence d'un abus de pouvoir dès lors que les auteurs de l'arrestation doivent invoquer une loi précise autorisant l'arrestation.

que « notre loi relative à la liberté de l'individu ne doit pas être interprétée de telle manière que l'arrestation et la détention deviennent la règle et la liberté l'exception ». Il en résulte que, sous peine d'enfreindre la Section 5 (1) (e) de la Constitution, les soupçons justifiant une arrestation doivent être raisonnables et fondés sur une juste cause – exigence d'un soupçon objectif fondé sur des éléments concrets – et ne sauraient en conséquence résulter d'une « simple intuition de la part de la police » – rejet du soupçon subjectif fondé sur un pur jugement d'appréciation des policiers²⁷. Or, le contrôle de la légalité des détentions semble fonctionner efficacement à Maurice puisque, à en croire une réponse de l'ancien premier ministre à une question parlementaire en 2016, près d'un tiers des « *provisional charges* » seraient annulés par les tribunaux mauriciens. Mais si le droit de contester la légalité de la détention est ainsi garanti de façon effective, le suspect peut-il exercer utilement ses droits de la défense au cours de l'enquête ?

2. L'avocat défenseur de son client ?

Droit à l'information et droit à un avocat pendant la privation de liberté. Sans doute, dans la rigueur des textes, les droits de la défense du suspect sont-ils garantis au cours de l'enquête dès lors qu'il bénéficiera d'un double droit en cas d'arrestation. D'une part, en vertu de la Section 5 (2) de la Constitution, toute personne arrêtée ou détenue doit être informée dans les meilleurs délais des raisons de son arrestation ou de sa détention. Or, ce droit à l'information constitue la condition préalable, nécessaire à toute défense utile car – *Le procès* de Kafka en témoigne – comment un suspect pourrait-il construire une défense efficace s'il ne connaît pas précisément la nature de l'accusation portée contre lui ? Ensuite, toute personne arrêtée ou détenue doit, aux termes de la Section 5 (3) de la Constitution, avoir les facilités raisonnables pour consulter un représentant légal de son choix. L'assemblée plénière de la Cour suprême est d'ailleurs venue renforcer l'effectivité du droit à un avocat en décidant, dans l'affaire *State v. Coowar*²⁸, que les policiers ont l'obligation d'informer un suspect de son droit à l'assistance d'un avocat de son choix et ce, dès son arrestation²⁹.

L'effectivité du droit à un avocat. Pour autant, dans certaines circonstances, l'effectivité du droit à l'assistance d'un avocat peut en pratique être mise à mal au cours de l'enquête policière. D'abord, l'assemblée plénière de la Cour suprême a pu décider, dans sa décision *Wadud v. State*³⁰, que l'obligation pour les policiers d'informer la personne privée de liberté de son droit à un avocat n'était pas absolue. En se fondant sur une décision du Conseil privé de la Reine³¹, elle admet en effet que, pour certains crimes graves³², une personne arrêtée puisse être privée de son droit à un avocat pour les nécessités de l'enquête. C'est là admettre que les droits de la défense puissent parfois céder face à l'objectif de découverte de la vérité, dans une logique qui confère d'importants pouvoirs d'appréciation tant aux policiers qu'aux juges s'agissant des circonstances justifiant le report de la

²⁷ V. également, pour une solution similaire en matière d'enquête de flagrance en droit français, où les soupçons justifiant l'exercice des pouvoirs coercitifs inhérents à la flagrance doivent traditionnellement résulter « d'indices apparents d'un comportement délictueux » (Cass. crim. 2 février 1988, n° 87-81147).

²⁸ *State v. Coowar* (1997) MR 123 [SCJ 193].

²⁹ V. également, pour une jurisprudence anglaise en ce sens, *Alderson v. Bath* (1969) 2 Q.B 220, qui exige par ailleurs, dans une décision citée à Maurice (*Hussein v. Chong Fook Kam* (1970) AC 492), que la police énonce en des termes clairs qu'elle exerce son droit d'arrestation.

³⁰ *Wadud v. State* (1999) MR 270 [SCJ 187].

³¹ *Mohammed (Allie) v The State* (*The Times*, Dec 10, 1998), qui énonce que tous les droits, quand bien même auraient-ils une nature constitutionnelle, doivent être confrontés à « l'intérêt de la communauté à obtenir des preuves pertinentes concernant la commission de crimes graves ».

³² L'affaire concernait en l'occurrence un ressortissant tanzanien, suspecté d'importation de produits stupéfiants.

présence de l'avocat³³. Ensuite et peut-être surtout, il est difficile de se faire une idée précise du rôle exact de l'avocat au cours de la mesure privative de liberté car le droit mauricien n'a pas véritablement légiféré sur ce point, du moins pas dans le détail. Sans doute la Section 5 (3) de la Constitution prévoit-elle que le suspect peut « consulter » un avocat. Mais quelle est la teneur exacte de ce droit de consultation ? Si cette exigence semble renvoyer au droit à un entretien confidentiel du suspect avec son avocat, au-delà, ce dernier peut-il assister aux interrogatoires et, dans l'affirmative, peut-il poser des questions ? Peut-il accéder à l'entier dossier de la procédure ? La réponse est loin d'être évidente dès lors le « *provisional charge* » – l'équivalent mauricien de la garde à vue française – est une pure pratique policière n'ayant pas de fondement textuel³⁴. Dans ces conditions, le « *provisional charge* » pourrait constituer le terreau d'arrestations arbitraires³⁵, d'autant que, contrairement au « *formal charge* », c'est-à-dire à l'acte d'accusation (« *Information* ») qui doit contenir la qualification juridique précise fondant les poursuites sous peine de leur abandon, le « *provisional charge* » est très peu exigeant en la matière, ce qui laisse une grande latitude aux autorités policières pour procéder à une arrestation. L'île Maurice pourrait ainsi trouver intérêt à légiférer sur ces questions qui, au-delà de leur aspect purement technique, constituent la condition de l'exercice effectif des droits de la défense pendant l'enquête.

II. Le défaut de contradictoire au cours de l'enquête

Introduction du contradictoire au cours de l'enquête ? L'introduction du contradictoire au cours de l'enquête pourrait être une façon de ne pas cantonner le suspect et son avocat dans un rôle passif de simple contestation de la légalité de la privation de liberté. Il s'agirait au fond d'exiger une certaine égalité des armes au cours de l'enquête, en permettant au suspect non seulement de consulter le dossier de la procédure mais, encore et surtout, de saisir une autorité judiciaire pour que certains actes d'enquête soient réalisés en sa faveur afin que l'enquête soit menée, au fond, à charge et à décharge. Alors qu'aujourd'hui, le suspect est cantonné dans un rôle passif en ce sens qu'il subit l'enquête et les actes d'investigations qui y sont diligentés, il deviendrait ainsi un acteur de la procédure participant activement à la recherche des preuves.

Le contradictoire en droit mauricien. Certes, à l'île Maurice, le principe du contradictoire se trouve pleinement garanti au stade du jugement dès lors qu'en vertu de la section 10, 2, e) de la Constitution, l'accusé pourra, au cours de l'audience, interroger tous les témoins qu'il jugerait utile à sa cause et aura la possibilité d'interroger, en personne ou par l'intermédiaire son représentant légal, les témoins cités par le ministère public. En revanche, aucune prévision similaire n'envisage formellement le principe de contradictoire au cours de l'enquête. Tout au plus est-il possible de trouver des traces de cette exigence dans la jurisprudence de la Cour suprême, indirectement envisagée sous l'angle du principe d'impartialité des enquêtes policières. Ainsi, dans sa décision *Mamode*³⁶, dans une affaire où un suspect avait porté des accusations à l'encontre d'un policier, la

³³ V., en droit français, pour des dispositions légales admettant le report de la présence de l'avocat, en droit commun (C. proc. pén., art. 63-4-2) ou dans le cadre de la criminalité organisée (C. proc. pén., art. 706-88, al. 6).

³⁴ Si les règles relatives à l'enquête sont prévues dans les « *Standing orders* » de la police, c'est-à-dire dans les règlements internes à la police, ceux-ci ne sont pas, semble-t-il, accessibles au public.

³⁵ En ce sens, v. également S. Boolel, « Provisional charge conundrum », *E. Newsletter, Office of the DPP*, Issue 54, Décembre 2015, p. 2 : « *provisional charges are being used as a cover for arbitrary arrests and detentions* ». Adde, S. Boolel, *L'express*, 4 janvier 2016 (<https://www.lexpress.mu/idee/273600/provisional-charge-conundrum>).

³⁶ *Mamode v. R* (1991) MR 223.

Cour suprême vient énoncer que le concept de procès équitable, garanti par la Section 10 de la Constitution, implique que la police mène des enquêtes impartiales et équitables en ce qui concerne les allégations des accusés dès lors qu'il est du devoir de la police de prendre toutes les mesures utiles pour prévenir et rechercher les infractions. C'est là affirmer, en définitive, que les enquêtes policières doivent être menées aussi bien à charge qu'à décharge.

L'introduction récente du contradictoire en droit français. De façon comparable, pendant longtemps, en droit français, aucun contradictoire ou presque ne fut exigé au stade de l'enquête policière, au cours de laquelle le suspect en était réduit à subir des actes d'investigation, potentiellement intrusifs ou coercitifs. Le principe du contradictoire n'apparaissait en réalité qu'au cours de l'instruction dès lors qu'acquérant la qualité de partie au procès pénal, le suspect pouvait – et peut toujours – consulter l'entier dossier de la procédure et solliciter le juge d'instruction afin que des actes d'enquête soient réalisés en sa faveur (auditions de témoins, perquisitions, etc.). Mais voici que la récente loi du 3 juin 2016 – annoncée comme une grande loi de promotion des droits de la défense avant de se transformer en une loi sécuritaire de réaction à la vague d'attentats qu'a connue la France – est venue introduire du contradictoire au cours de l'enquête policière, comme si le législateur français voulait créer une identité de régime entre l'enquête et l'instruction³⁷. Toutefois, en dépit des apparences, la prétendue introduction du contradictoire au cours de l'enquête pourrait n'être qu'un leurre tant les limites tant matérielles que temporelles qui y sont apportées sont nombreuses.

Les limites temporelles au contradictoire. Trois traits de temps méritent être distingués au sein du nouvel article 77-2 du Code de procédure pénale. D'abord, il est prévu que le suspect qui a été auditionné librement ou sous contrainte – et seulement lui – pourra, à l'issue d'un délai d'une année à compter de la première audition, saisir le procureur de la République afin de consulter le dossier de la procédure et solliciter des actes d'investigation³⁸. Si cette prévision constitue assurément un progrès, qu'il soit toutefois permis de se demander si l'introduction du contradictoire n'intervient pas trop tardivement dès lors qu'à l'issue de ce délai – qui exclue de fait l'enquête de flagrance³⁹ –, le dossier de la procédure est déjà, sinon finalisé, du moins largement constitué. Ensuite, à l'instar des solutions prévalant en matière d'instruction, le texte vient décider que le procureur de la République « doit », « lorsque l'enquête lui paraît terminée » et qu'il envisage de poursuivre le suspect, informer celui-ci de la mise à disposition du dossier et de la possibilité de formuler des demandes d'actes d'enquête dans un délai d'un mois⁴⁰. Si la communication du dossier devient ici obligatoire (« doit »), il apparaît que le contradictoire n'est en réalité effectivement introduit qu'à l'issue de l'enquête policière, à un stade où le dossier de la procédure est donc déjà finalisé. Or, l'instauration du contradictoire à ce stade, qui existait déjà au demeurant avant la loi de 2016⁴¹, est une nécessité logique dans la mesure où, un jugement se profilant, la communication du dossier apparaît comme une exigence incontournable, afin que le prévenu dispose du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense devant les juridictions de jugement, conformément aux exigences de l'article 6 §

³⁷ V. C. proc. pén., art. 39-3, al. 2, qui énonce que le procureur de la République veille à ce que les investigations « soient accomplies à charge et à décharge », sur le modèle de l'instruction (C. proc. pén., art. 81).

³⁸ C. proc. pén., art. 77-2, I, al. 2.

³⁹ Dès lors que celle-ci ne peut se dérouler que sur une période de huit jours, renouvelable une fois (C. proc. pén., art. 53), de sorte que l'introduction du contradictoire ne concerne en réalité que l'enquête préliminaire.

⁴⁰ C. proc. pén., art. 77-2, I, al. 1^{er}. De ce point de vue, l'article 77-2 du code de procédure pénale applicable à l'enquête n'apparaît que comme une reprise – quasiment à l'identique – de l'article 175, applicable à l'instruction.

⁴¹ C. proc. pén., art. 393, al. 3 (personnes poursuivies par citation directe ou convocation par procès-verbal) ; art. 388-5 (personnes poursuivies par citation directe ou par convocation par officier de police judiciaire).

3, b de la Conv. EDH. Enfin, l'article 77-2, II du code vient préciser que, « à tout moment de la procédure », le Procureur de la République « peut » communiquer le dossier pénal et recueillir les observations des personnes mises en cause, notamment leurs demandes d'actes d'investigation. Mais il s'agit là d'une simple faculté – non contraignante – pour le procureur (« peut »), qui n'est dès lors pas tenu de faire droit aux demandes qui lui sont adressés, ce qui revient à envisager l'effectivité réelle du contradictoire au cours de l'enquête.

Les limites tenant à l'effectivité du contradictoire. Outre que l'introduction du contradictoire n'est obligatoire qu'à l'issue de l'enquête préliminaire, en aucun cas pendant son cours, il est prévu qu'en toutes hypothèses, « le procureur de la République apprécie les suites devant être apportées aux observations et demandes » d'actes qui lui sont formulées. Il en résulte que seule la communication du dossier est obligatoire à l'issue de l'enquête, non les demandes d'actes qui sont quant à elles laissées à l'appréciation discrétionnaire du procureur. Sans doute rétorquera-t-on que, de la même façon, le juge d'instruction n'est jamais tenu de faire droit aux demandes d'actes d'investigation émanant des suspects. Mais la décision du juge d'instruction pourra être frappée d'appel devant la chambre de l'instruction, là où la décision du procureur de la République, elle, sera insusceptible de recours dès lors que s'il est un magistrat, il n'est pas un juge exerçant une fonction juridictionnelle. En définitive, l'article 77-2 du Code de procédure pénale qui prétend introduire du contradictoire dans l'enquête n'apparaît que comme un trompe l'œil... qui ne dupe toutefois personne dès lors que l'exigence, n'intervenant qu'à l'issue de l'enquête, est subordonné à une décision discrétionnaire du procureur, définitive et insusceptible de recours⁴². La route paraît encore longue pour que le principe du contradictoire soit effectivement garanti au stade de l'enquête qui demeure, aujourd'hui encore, construite dans le moule de l'inquisitoire.

Rapprochement des droits français et mauricien ? Quoi qu'il en soit, il apparaît ainsi que, de proche en proche, le législateur français contemporain en vient – lentement mais sûrement – à calquer le régime de l'enquête sur celui de l'instruction, d'abord en conférant au procureur de la République des pouvoirs d'investigation identiques à ceux du juge d'instruction, ensuite en introduisant du contradictoire au cours de l'enquête, sur le modèle de l'instruction. Dès lors, on ne peut s'empêcher d'être animé par cette impression diffuse que tout semble prêt pour la suppression du juge d'instruction, annoncée de longue date, avec cette idée qu'au fond, la répression ne se trouverait pas désarmée s'il venait à disparaître. Une telle suppression rapprocherait encore un peu plus le droit français du droit mauricien, à cette double différence près toutefois qu'à Maurice, d'une part, le directeur des poursuites publiques n'est pas le directeur de l'enquête ayant pour mission de diriger et contrôler les investigations réalisés par les policiers et qu'il jouit, d'autre part, d'une indépendance statutaire et fonctionnelle à l'égard du pouvoir exécutif⁴³, ce qui n'est pas le cas du procureur de la République en France, quoi qu'en dise le Conseil constitutionnel⁴⁴.

⁴² V. également, dans le même sens, J.-B. Perrier, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *D.* 2016, 2134.

⁴³ Voir S. Boolel, « Le juge constitutionnel et le statut du parquet : le cas du DPP mauricien (autorité constitutionnelle indépendante) », in *Le développement constitutionnel de Maurice, en l'honneur du cinquantenaire de l'indépendance de Maurice en 2018*, PUAM, 2018, à paraître.

⁴⁴ Cons. const., 8 déc. 2017, déc. QPC n° 2017-680.