

DE SALDUZ À BRUSCO OU LES EXIGENCES DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LA PRÉSENCE DE L'AVOCAT

OLIVIER MICHIELS

Conseiller à la Cour d'appel de Liège

Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Liège

L'arrêt Salduz

1. L'arrêt *Salduz contre Turquie*¹ prononcé le 27 novembre 2008 par la Cour européenne des droits de l'homme fait déjà partie des classiques de la procédure pénale. Tant dans les couloirs des palais de justice que dans les amphithéâtres des universités, il nourrit les discussions. Il passionne ou dérange. Il a le privilège de ne pas laisser indifférent² au même titre que les articles et les ouvrages du professeur DE NAUW.

Pour rappel, la Cour strasbourgeoise dit en substance que figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable, le droit, certes non absolu, de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, et ce tout particulièrement lorsqu'une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police, des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute

¹ Cour eur. D.H., 27 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 196, observations A. JACOBS; *J. dr. jeun.*, 2009, p. 31, note B. VAN KEIRSBILCK; *NjW*, 2009, p. 24, note S. BOUZOUMITA; *T. Strafr.*, 2009, p. 36.

² Voir à ce sujet: A. JACOBS, "Un bouleversement de la procédure pénale en vue: la présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect?", *J.L.M.B.*, 2009, pp. 202-204; M.A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police", *Rev. dr. pén.*, 2009, pp. 971-988; A. KETTELS, "L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire", *Rev. dr. pén.*, 2009, pp. 989-1012; B. DUFOUR, "Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la phase préparatoire entre droit absolu et relatif", *J.T.*, 2009, pp. 529-535; O. MICHIELS, "La réception des arrêts Salduz et Dayanan de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation", *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1274-1284; L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, "Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden?", *T. Strafr.*, 2009, pp. 212-219; T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, "Salduz: Nemo tenetur en meer ...", *T. Strafr.*, 2009, pp. 201-212; T. DECAIGNY, "De bijstand van een advocaat bij het verhoor", *T. Strafr.*, 2010, pp. 4-17; J. VAN GAEVER, "Evaluatie van de Salduz-rechtspraak", *T. Strafr.*, 2010, p. 235; G. DECOCK, "De toepassing van de Salduz-rechtspraak", *T.J.K.*, 2010/2, pp. 135-136; C. MELKEBEEK, "Recht op bijstand advocaat tijdens het eerste politieverhoor - Voor de minderjarige en de meerderjarige Belg", *T.J.K.*, 2011, pp. 36-37; O. MICHIELS et A. JACOBS, "Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence Salduz et l'arrêt Gäfgen", *J.T.*, 2011, pp. 154-157.

procédure pénale ultérieure.³ Un tel raisonnement s'inscrit dans la jurisprudence habituelle de la Cour.

La Cour n'en demeure cependant pas à ce constat. Elle énonce encore qu'un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable au stade préparatoire de la procédure en raison du fait que les règles qui régissent la procédure pénale tendent à devenir de plus en plus complexes, notamment lorsqu'elles concernent la collecte et l'utilisation des preuves. Dans la plupart des cas, cette vulnérabilité particulière ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même. Ce droit présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé. La Cour en conclut qu'un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles la Cour prête une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a ou non anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Vient, ensuite, l'acmé de son raisonnement, lorsqu'elle retient que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1^{er} de la Convention impose, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit cependant pas indûment préjudicier les droits découlant pour l'accusé de l'article 6 de la Convention. La Cour ajoute qu'il est, en principe, porté une atteinte irréremédiable 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.

L'arrêt Dayanan

2. Fallait-il s'y attendre, l'interprétation de cet arrêt a laissé place à un affrontement entre deux thèses portant sur la manière dont l'assistance de l'avocat devait se concrétiser. La première, qualifiée de "minimaliste" ou de "statique" consiste à retenir que la Cour européenne des droits de l'homme consacre le droit à la consultation d'un avocat avant les premiers interrogatoires qui suivent la privation de liberté. La seconde, qualifiée de "maximaliste" ou de "dynamique" retient que la Cour assure le droit, à la personne privée de sa

³ Cour eur. D.H., *Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 495; Cour eur. D.H., *Murray c. Royaume Uni*, 8 février 1996; sur ce dernier arrêt voir aussi les commentaires de I. WATTIER, "Le droit de garder le silence, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit à l'assistance d'un avocat", *Rev. dr. pén.*, 1996, pp. 960-967; M. NEVE et A. SADZOT, "Le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure", *J.L.M.B.*, 1997, p. 465.

liberté, de bénéficier de l'assistance d'un avocat au cours de ses interrogatoires.⁴ Dans son arrêt *Dayanan contre Turquie* du 13 octobre 2009,⁵ la Cour adopte la thèse "maximaliste" quand elle affirme qu'un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit. Selon la Cour, l'équité de la procédure exige que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer. La Cour enseigne encore qu'en soi le refus systématique de l'assistance d'un conseil sur la base des dispositions du droit interne suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention nonobstant le fait que l'intéressé a gardé le silence au cours de sa détention provisoire.⁶ Enfin, la Cour envoie un message dénué d'ambiguïté aux juridictions nationales, lorsqu'elle soutient que l'article 6 de la Convention implique pour ces dernières l'obligation de vérifier si les personnes privées de liberté ont réellement eu la possibilité de bénéficier de l'assistance d'un avocat.⁷

L'arrêt Brusco

3. Si, assurément, la personne privée judiciairement de liberté doit pouvoir être assistée d'un avocat dans les commissariats de police⁸ et devant le juge

⁴ Voir sur ce point: M.A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police", *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 974.

⁵ Cour eur. D.H., 13 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1937 et observations M. NEVE, "La présence de l'avocat dès l'arrestation; un pas de plus"; *N.C.*, 2010, p. 69; O. MICHELS, "La réception des arrêts Salduz et Dayanan de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation", *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1275-1276; voir aussi Cour eur. D.H., Adamkiewicz c. Pologne, 2 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 705; Cour eur. D.H., Plonka c. Pologne, 31 mars 2009; voir encore sur ce point l'opinion du juge ZAGREBELSKY qui suit l'arrêt *Salduz* et qui retient que "l'importance des interrogatoires est évidente dans le cadre de la procédure pénale, de sorte que, comme l'arrêt le souligne, l'impossibilité de se faire assister d'un avocat pendant les interrogatoires s'analyse, sauf exceptions, en une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable"; voir aussi l'opinion du juge BRATZA qui suit ce même arrêt *Salduz*: "Comme le juge Zagrebelsky, je considère que la Cour aurait dû saisir l'occasion pour dire clairement que l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire".

⁶ Voir aussi: Cour eur. D.H., Yesilkaya c. Turquie, 8 décembre 2009; Cour eur. D.H., Boz c. Turquie, 9 février 2010; Cour eur. D.H., Plonka c. Pologne, 31 mars 2009; Cour eur. D.H., Adamkiewicz c. Pologne, 2 mars 2010; voir encore Cour eur. D.H., Güvenilir c. Turquie, 13 octobre 2009; Cour eur. D.H., Ümit Aydin c. Turquie, 5 janvier 2010 dans lesquels la Cour rappelle, en des termes précis, que s'il est vrai que le requérant a bénéficié de l'assistance d'un avocat lors de son procès et qu'il a pu combattre les arguments de l'accusation, il convient d'avoir égard au fait que l'enquête a été en grande partie effectuée au cours de la garde à vue en l'absence d'avocat. Dans une telle hypothèse, il est clair que le requérant a été personnellement touché par les restrictions apportées à la possibilité pour lui d'avoir accès à un avocat, puisque les preuves recueillies par la police lors de sa garde à vue peuvent servir de fondement à sa condamnation. Ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'ont pu porter remède à l'absence d'avocat pendant la garde à vue. La Cour strasbourgeoise en conclut que l'impossibilité pour le requérant de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a, dès lors, irrémédiablement nui à ses droits de la défense.

⁷ Cour eur. D.H., Yunus Aktaq et autres c. Turquie, 20 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 695.

⁸ Comparer avec Cour eur. D.H., Hovanesian c. Bulgarie, 21 décembre 2010.

d'instruction, la position de la Cour semble plus énigmatique lorsqu'elle ajoute que ce droit à l'assistance d'un conseil s'étend "indépendamment des interrogatoires qu'il (le suspect) subit"⁹ et ce, *a fortiori*, lorsqu'il n'a pas été informé par les autorités de son droit de se taire.¹⁰ Sans vouloir réduire la portée de cet arrêt, nous pensons, à tout le moins, pouvoir en déduire deux enseignements. Premièrement, lorsque l'instruction préparatoire constitue une phase cruciale dans le déroulement du procès pénal, notamment dans la mesure où de nombreux actes tendant à rassembler les éléments de preuve sont recueillis dans le but d'être soumis au juge du fond, il importe que l'inculpé soit formellement avisé de son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Deuxièmement, la Cour fustige les restrictions mises à la possibilité pour une personne privée de liberté d'avoir accès à son avocat au cours de sa détention provisoire.

Il est encore intéressant d'observer que dans cet arrêt *Brusco contre France*, la Cour se montre attentive à la situation concrète qui lui est soumise. Une distinction juridique artificielle ne pourrait entraver le droit de la personne détenue de bénéficier de l'assistance d'un avocat. *In casu*, la Cour strasbourgeoise constate que l'interpellation et la garde à vue du requérant s'inscrivaient dans le cadre d'une instruction ouverte à charge de tiers et au cours de laquelle le requérant était présenté comme le commanditaire du projet criminel projeté. Dans ces circonstances, la Cour européenne des droits de l'homme considère que, dès son interpellation et son placement en garde à vue, les autorités avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête ouverte par le juge d'instruction. L'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant – puisque qu'il est purement formel¹¹ – dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction. Partant, la Cour estime, que lorsque le requérant a été placé en garde à vue et a dû prêter serment "de dire toute la vérité, rien que la vérité", il faisait l'objet d'une "accusation en matière pénale" et bénéficiait du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence garanti par l'article 6, §§ 1 et 3 de la Convention.

⁹ Comparer avec la proposition de décision cadre du Conseil de l'Europe relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales de l'Union européenne qui prévoit en son article 2 que "1. Tout suspect a le droit à l'assistance d'un avocat dans les meilleurs délais et tout au long de la procédure pénale s'il exprime le souhait d'en bénéficier. 2. Tout suspect a le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat avant de répondre à des questions relatives aux accusations dirigées contre lui". Voir à ce propos E. BERTHE et M. NEVE, "Un avocat dès l'arrestation, une garantie fondamentale. Les engagements auxquels a déjà souscrit la Belgique et un coup d'œil chez quelques-uns de nos voisins", *J.T.*, 2010, pp. 726-727.

¹⁰ Cour eur. D.H., *Brusco c. France*, 14 octobre 2010, *J.T.*, 2010, p. 713; *J.L.M.B.*, 2010, p. 1692 et note de T. DECAIGNY et M. NEVE; *T. Strafr.*, 2011, p. 50 et note de T. DECAIGNY et M. NEVE.

¹¹ Voir également T. DECAIGNY et M. NEVE, "Bijstands- of consultatierecht: het Straatsburgse en Parijse perspectief", *T. Strafr.*, 2011, p. 53.

La sanction de l'absence d'assistance d'un avocat

4. Il nous paraît que deux grandes tendances se dégagent du courant jurisprudentiel que nous venons de brièvement résumer. D'une part, une restriction systématique à l'assistance d'un conseil en application des dispositions du droit interne suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention nonobstant le fait que la personne privée de liberté a gardé le silence au cours de sa garde à vue.¹² D'autre part, les déclarations auto-incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat ne peuvent être utilisées pour fonder une condamnation sous peine de porter une atteinte irrémédiable aux droits de la défense. *A contrario*, il ne peut être question d'une violation de l'équité du procès si les déclarations faites par un suspect en l'absence de son conseil ne servent pas à justifier une condamnation.¹³

Le tempérament à la sanction: l'arrêt Gäfgen contre Allemagne

5. Il faut se garder de conclure que le manquement dénoncé à l'article 6 de la Convention – à savoir une personne a été privée de sa liberté sans avoir pu, avant tout interrogatoire, bénéficier de l'assistance d'un avocat – débouche inévitablement sur une irrecevabilité de l'action publique. En effet, s'il est démontré que les déclarations du prévenu n'ont pas eu d'influence sur l'issue de la procédure dirigée contre ce dernier, soit qu'elles n'ont pas eu d'impact sur le verdict de culpabilité ou la peine mais encore qu'elles n'ont pas annihilé son système de défense, il pourra difficilement être soutenu que la procédure, dans son ensemble, est inéquitable. Cette solution se revendique de la jurisprudence habituelle de la Cour européenne des droits de l'homme qui examine la procédure d'une manière globale et des enseignements qui peuvent être tirés de l'arrêt de la Cour *Gäfgen contre Allemagne*.¹⁴ Dans cette affaire, la Cour se devait d'apprécier si le droit à un procès équitable était violé dès l'instant où la condamnation du requérant prenait en compte des preuves qu'il s'agisse d'aveux ou de preuves matérielles, qu'ils fussent déterminants ou non, recueillies à la suite des traitements inhumains subis par ce dernier. En fait, le requérant soutenait qu'à la suite de menaces réelles et immédiates proférées à son égard par la police, ses aveux avaient été extorqués dans le cours de

¹² Cour eur. D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1937; Cour eur. D.H., *Bouglame c. Belgique*, 2 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 714 et observations de M.A. BEERNAERT et F. MOREAU; O. MICHIELS et A. JACOBS, "Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence Salduzet l'arrêt Gäfgen", *J.T.*, 2011, p. 156; voir également sur ce point Cass., 15 décembre 2010, P. 10.0914.F qui retient "En tant qu'il n'autorise cet accès à l'avocat qu'après la première audition par le juge d'instruction, l'article 20, § 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive doit être tenu pour contraire à l'article 6 de la Convention".

¹³ Cour eur. D.H., *Hovanesian c. Bulgarie*, 21 décembre 2010.

¹⁴ Voir Cour eur. D.H., *Gäfgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, *T. Straf.*, 2011, T. SPRONKEN, "De zaak Gäfgen: de dilemma's van het folterverbod"; voir aussi la note d'O. MICHIELS et A. JACOBS, L'admissibilité des preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme à paraître dans *Rev. dr. pén.*, 2011, pp. 292-307.

l'instruction de l'affaire, sa défense n'était plus libre et toutes les preuves recueillies étaient affectées par la violation de l'article 3 de la Convention qui prohibe l'utilisation de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Dans le contexte ignominieux des faits dans lequel s'inscrivait l'affaire *Gäfigen*,¹⁵ la Cour a estimé que le droit à un procès équitable n'était altéré que s'il était démontré que la violation de l'article 3 de la Convention a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine.

In casu, la Cour observe que le Tribunal régional de Francfort a justifié la condamnation du requérant sur la base des aveux complets qu'il a formulés en cours de procès, les éléments matériels de preuve supplémentaires¹⁶ ayant été admis exclusivement pour corroborer l'authenticité de ses aveux. La Cour en déduit que les deuxièmes aveux du requérant formulés lors du déroulement de son procès étaient, en soi, suffisants pour fonder le verdict de culpabilité. Les preuves matérielles obtenues au moyen d'une violation de l'article 3 de la Convention¹⁷ n'étaient, dès lors, pas nécessaires et n'ont servi ni à asseoir la conviction du juge, ni à lui permettre de fixer la peine. La Cour en conclut que "la chaîne de causalité entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses".¹⁸

En somme, si l'on tente, peu ou prou, de mettre en perspective les arrêts *Salduz* et *Gäfigen*, il peut être soutenu que c'est l'attitude adoptée en cours de procès par le prévenu, qui est ou a été privé de liberté, qui pourrait avoir une incidence directe sur le sort à réserver aux preuves recueillies lors de l'instruction dès l'instant où ces dernières sont le résultat immédiat d'aveux obtenus sans l'assistance d'un avocat. En effet, si les aveux sont spontanément réitérés devant le juge du fond, les éléments matériels viciés seront admis au procès pour autant qu'ils n'aient aucune incidence sur l'issue de la procédure. En revanche, si le prévenu entend modifier sa stratégie de défense et se départir des aveux formulés au cours de l'instruction alors qu'il n'a pas été assisté par un avocat, il faudra en revenir au constat que l'équité de la procédure a été violée et que les déclarations auto-incriminantes et les preuves qui en sont la conséquence ne pourront servir à asseoir la culpabilité et la peine.

¹⁵ Il s'agit de l'enlèvement et de l'assassinat d'un enfant de 10 ans.

¹⁶ Tels le cadavre, les traces de pneus, etc. La Cour relève à ce propos que certaines preuves ne sont nullement viciées par la violation de l'article 3 de la Convention puisqu'elles sont la conséquence de la filature du prévenu par la police et de la fouille de son appartement qui en a suivi. Il en est ainsi du témoignage de la sœur de la victime, du libellé de la lettre de chantage, de la note découverte dans son appartement et de l'argent retrouvé dans l'appartement du prévenu et sur ses comptes bancaires.

¹⁷ Voir à ce propos la théorie de droit allemand de l'effet *Fernwirkung* <http://heinrich.rewi.huberlin.de/materialien/strafprozessrecht/32-beweisverwertungsverbote-7.pdf>.

¹⁸ Paragraphe 180 de l'arrêt Cour eur. D.H., *Gäfigen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010.

La cessation de l'illicite

6. En règle générale, la Cour européenne des droits de l'homme n'indique pas à l'Etat condamné les mesures à prendre en vue d'exécuter l'arrêt prononcé.¹⁹ La Cour rappelle que l'Etat, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences.²⁰ Dans certaines hypothèses, la Cour va plus loin et estime que lorsqu'un particulier a été victime d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure à la demande de l'intéressé représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée.²¹ Ce constat ne fait évidemment pas obstacle à l'octroi d'une satisfaction équitable qui réside dans la reconnaissance du fait que le requérant n'a pas pu jouir des garanties de l'article 6. La Cour ajoute, à ce propos, que même si elle ne peut spéculer sur ce qu'eût été l'issue du procès dans le cas contraire, elle n'estime pas déraisonnable de penser que l'intéressé a subi une perte de chance.

Il n'est, dès lors, pas impossible, sous la réserve des implications de la jurisprudence *Gäfgen*, que des violations de l'article 6 de la Convention, en raison de l'absence d'un avocat, constatées par la Cour donnent lieu à des demandes en réouverture sur la base de l'article 442*bis* du Code d'instruction criminelle. On comprendra mieux l'impatience avec laquelle est attendue, dans le milieu judiciaire, l'intervention du législateur.²²

¹⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 19, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 7.

²⁰ Cour eur. D.H., Papamichalopoulos et autres c. Grèce, 31 octobre 1995; Cour eur. D.H., De Clerck c. Belgique, 25 septembre 2007, la Cour y rappelle qu'il appartient à l'Etat lui-même de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour redresser une situation ayant donné lieu à une violation, et que la Convention, en principe, ne confère pas à la Cour compétence pour adresser aux Hautes Parties contractantes des directives et des injonctions (Cour eur. D.H., APBP c. France, 21 mars 2002).

²¹ Cour eur. D.H., Piersack c. Belgique, 26 octobre 1984; Cour eur. D.H., Ocalan c. Turquie, 12 mai 2005; Cour eur. D.H., Mehmet et Suna Yi_it, Cour eur. D.H., 17 juillet 2007; Cour eur. D.H., Salduz c. Turquie, 27 novembre 2008; Cour eur. D.H., Emen c. Turquie, 26 janvier 2010; Cour eur. D.H., Katritsch c. France, 4 novembre 2010; voir aussi le dispositif de l'arrêt Cour eur. D.H., Claes c. Belgique, 2 juin 2005; comparer avec l'exemple suisse: M. MAZOU, Avocat de la première heure avant l'heure, *J.D.T.*, 2009, III, pp. 131-162; voir aussi E. LAMBERT-ABDELGAWAD, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 19, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 23: l'auteur précise que "la jurisprudence la plus récente a encore innové vers une tendance de la Cour à contraindre, sous certaines conditions (possibilité en droit interne, volonté du requérant en ce sens, remède le plus effectif pour assurer la *restitutio in integrum*, respect des garanties procédurales lors de la nouvelle procédure), l'Etat à une réouverture".

²² Voir *infra* la loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté *M.B.*, 5 septembre 2011. P. MONVILLE et O. MICHELS, "Salduz: entre présent et futur...", in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, Anthémis, 2011, pp. 67-81; voir aussi pour une appréciation plus critique de la disposition: S. BERBUTO et E. BERTHE, "Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz!", in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, Anthémis, 2011, pp. 143-147.

Enfin, dans les cas où la procédure est toujours pendante, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser qu'il ne lui revenait pas d'enjoindre à des autorités judiciaires indépendantes d'un Etat partie à la Convention d'arrêter des poursuites engagées dans le respect de la loi ni au législateur d'adopter une législation avec un contenu dicté par la Cour. La Cour ajoute toutefois que, dans le cas où la durée d'une procédure est jugée excessive et incompatible avec l'exigence du "délai raisonnable" de l'article 6, § 1, l'accélération et le dénouement dans les meilleurs délais de cette procédure, sous réserve, certes, d'une bonne administration de la justice, s'imposerait.²³

L'intervention de la Cour de cassation

7. Souvent, c'est le juge qui est le premier confronté aux effets d'un arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴ en raison de l'autorité de la chose interprétée qui s'y attache.²⁵ La jurisprudence dite *Salduz* n'échappe pas à la règle²⁶ et rapidement la Cour de cassation a dû se prononcer sur ses implications en droit interne.

- Devant les juridictions d'instruction

8. En matière de détention préventive, la Cour de cassation a diligemment arrêté sa jurisprudence. Elle rappelle que "les articles 1, 2 et 16, §§ 2 et 4, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive ne prévoient pas l'assistance d'un avocat aux côtés de la personne gardée à vue pendant le délai de vingt-quatre heures institué par l'article 12, alinéa 3, de la Constitution. Tels qu'interprétés actuellement par la Cour européenne, les articles 5.1, 6.1 et 6.3, c, de la Convention n'obligent pas les juridictions d'instruction à donner sur-le-champ mainlevée du mandat d'arrêt (...), au seul motif qu'avant sa comparution devant le magistrat instructeur et lors de celle-ci, il a consenti un aveu dans les formes prescrites par le Code d'instruction criminelle et la loi du

²³ Cour eur. D.H., *De Clerck c. Belgique*, 25 septembre 2007; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme" (2006), *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 681; Cass., 15 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 592; comparer avec M. FRANCHIMONT et A. JACOBS, "Quelques réflexions sur l'irrecevabilité de l'action publique", *Liber amicorum H.D. Bosly*, La Chartre, 2009, p. 205.

²⁴ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 19, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 27-28.

²⁵ F. KRENC, "L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", in *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, formation permanente CUP, Anthémis, n° 102, pp. 12-20; M. A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure", *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 985.

²⁶ Pour la France voir Cass., 19 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1705, p. 1708 et p. 1710; comparer avec la position adoptée ultérieurement par la Cour de cassation de France, en assemblée plénière, Cass., 15 avril 2011, 10-30.242, 10-30.313, 10-30.316 consultables sur www.courdecassation.fr, arrêts qui retiennent que "les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation"; voir aussi E. BERTHE et M. NEVE, "Un avocat dès l'arrestation, une garantie fondamentale. Les engagements auxquels a déjà souscrit la Belgique et un coup d'œil chez quelques-uns de nos voisins", *J.T.*, 2010, pp. 729-730.

20 juillet 1990. L'existence de cet aveu, même recueilli de la sorte, ne constitue donc pas, en soi, un obstacle à la poursuite de l'instruction et à la continuation éventuelle des mesures de contrainte qui l'accompagnent".²⁷ La Cour de cassation précise également que la Chambre des mises en accusation ne se prononce pas sur la culpabilité ou l'innocence du demandeur. Cette juridiction d'instruction se borne à statuer sur le maintien de la détention préventive. Elle ajoute qu'il ne saurait être conclu d'entrée de jeu à une violation du droit à un procès équitable alors que la juridiction de jugement n'est pas saisie des poursuites et que, s'il devait advenir qu'elle le fût, il est impossible d'affirmer dès à présent qu'elle condamnera le demandeur et s'appuiera, à cette fin, sur les actes de procédure qu'il critique.²⁸ En somme, si les juridictions d'instruction constatent, d'une part, qu'il existe des indices sérieux de culpabilité résultant avant tout des déclarations de témoins, des constatations des enquêteurs et des éléments matériels recueillis et, d'autre part, que l'absence d'un conseil ne saurait, à ce stade de la procédure, entraîner ni la mise en liberté immédiate de l'inculpé, ni l'irrecevabilité de l'action publique, ni la nullité des procès-verbaux critiqués, celles-ci justifient légalement leurs décisions de maintien de la détention préventive.²⁹

Dans un arrêt du 15 décembre 2010, la Cour faisant sienne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme énonce toutefois que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, implique que la personne arrêtée ou mise à la disposition de la justice bénéficie de l'assistance effective d'un avocat au cours de l'audition de police effectuée dans les vingt-quatre heures de sa privation de liberté, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. En tant qu'il n'autorise cet accès à l'avocat qu'après la première audition par le juge d'instruction, l'article 20, paragraphe premier, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive doit être tenu pour contraire à l'article 6 de la Convention.³⁰ N'est-ce pas une invitation faite aux juges d'instruction à entendre l'inculpé en présence de son avocat?³¹

²⁷ Voir notamment: Cass., 11 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 892; Cass., 13 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 74 et concl. D. VANDERMEERSCH; Cass., 5 mai 2010, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 1049 concl. D. VANDERMEERSCH; *T. Strafr.*, 2010, p. 283 et note de J. VAN GAEVER; Cass., 24 février 2010, *J.T.*, 2010, p. 389 et note de J. VAN MEERBEECK; *N.C.*, 2010, p. 297; voir aussi Cass., 27 octobre 2010, RG P. 10.1372.F et concl. D. VANDERMEERSCH; Cass., 19 janvier 2011, RG P 11.0036.F; sur la lecture de l'article 16, § 2 de la loi sur la détention préventive qui oblige le juge d'instruction à entendre un inculpé avant de décerner un mandat d'arrêt voir: M.A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure", *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 988; O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSEN, *La détention préventive*, Collection criminalis, Anthémis, 2010, pp. 12-13.

²⁸ Voir sur ce point les critiques de J. VAN MEERBEECK, "Le droit à l'assistance d'un avocat à l'aune de la jurisprudence Salduz: le pouvoir judiciaire entre Charybde et Scylla, Après l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 2010", *J.T.*, 2010, p. 385.

²⁹ Cass., 23 mars 2010, P.10.0474.N/4.

³⁰ Cass., 15 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 48; *J.L.M.B.*, 2011, p. 118 et note de L. KENNES; *T. Straf.*, 2011, p. 74 et note T.D.; *NjW*, 2011, p. 104 et note S. BOUZOUMITA; ce faisant, la Cour de cassation reconnaît explicitement l'existence d'une "lacune intrinsèque" (voir sur ce point O. MICHIELS, "La réception des arrêts Salduz et Dayanan de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation", *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1279-1281).

- *Devant le juge du fond*

9. Si, dans son arrêt du 15 décembre 2010, la Cour de cassation a admis, sauf circonstances impérieuses, que les garanties contenues dans l'article 6 de la Convention impliquent que la personne arrêtée ou mise à la disposition de la justice bénéficie de l'assistance effective d'un avocat au cours de l'audition de police effectuée dans les vingt-quatre heures de sa privation de liberté, elle ajoute que l'équité d'un procès pénal s'apprécie par rapport à l'ensemble de la procédure, en recherchant si les droits de la défense ont été respectés, en examinant si la personne poursuivie a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation, en vérifiant si les circonstances dans lesquelles les éléments à charge ont été obtenus jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude, et en évaluant l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique.³² Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention dès lors que "des déclarations auto-accusatrices faites à la police dans les vingt-quatre heures de la privation de liberté par un suspect qui, en l'absence de conseil, a pu, selon les juges d'appel, ne pas appréhender les conséquences juridiques de ses dires, ont été prises en compte par eux pour conclure à la crédibilité de la plainte et, de là, au bien-fondé de la poursuite".³³ Si l'on peut se réjouir du fait que la Cour refuse de tenir compte de déclarations auto-incriminantes, on ne peut que s'interroger sur la restriction par laquelle elle tempère ce principe lorsqu'elle retient que ce dernier ne s'applique qu'à l'inculpé qui ignore "les conséquences juridiques" de ses dires. Faudra-t-il, à l'avenir, apprécier de manière distincte les aveux formulés en méconnaissance de la jurisprudence *Salduz* selon que le prévenu possède de par ses études ou son parcours criminels, des connaissances juridiques?

Que faut-il, dès lors, penser de cette autre restriction apportée par la Cour de cassation, qui, dans un arrêt qui s'accorde mal avec celui que nous venons d'analyser, veut que si les déclarations auto-incriminantes ne peuvent fonder une condamnation, elles peuvent être utilisées à titre de preuve "corroborante"?³⁴ N'est-ce pas une position fondamentalement opposée à celle

³¹ Voir toutefois Cass., 23 mars 2010, P.10.0474.N/4 qui énonce que le droit interne n'autorise toujours pas la présence d'un avocat à l'audition de police, ainsi qu'il résulte des articles 28quinquies et 57, § 1er, du Code d'instruction criminelle qui imposent le secret de l'information et de l'instruction. Cela exclut, par conséquent, tout "agissement intentionnellement illégal" de la part des verbalisateurs ou du juge d'instruction. La Cour n'exclut, dès lors, pas dans ce cas l'application du test Antigone.

³² Pour les déclarations formulées spontanément par le prévenu aux verbalisateurs voir: Cass., 23 juin 2010, P.10.1009.F; Cass., 5 avril 2011, P.10.1651.N.

³³ Cass., 15 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 48; *J.L.M.B.*, 2011, p. 118 et note de L. KENNES; *T. Straf.*, 2011, p. 74 et note T.D.; *NjW*, 2011, p. 104 et note S. BOUZOUMITA.

³⁴ Cass., 23 novembre 2010, P.10.1428.N. La Cour précise dans cet arrêt qu'en principe il y a atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable lorsque des déclarations auto-accusatrices faites durant une audition de police sans possibilité d'être assisté d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. De cette circonstance ne résulte cependant pas automatiquement l'impossibilité définitive d'examiner de manière équitable la cause d'un inculpé, ensuite prévenu. Lorsque le juge n'utilise pas les déclarations à titre de preuve déterminante, qu'il n'est manifestement pas fait usage d'abus ou de contrainte et que le prévenu ne s'est pas trouvé dans une position vulnérable au moment de l'audition et durant l'instruction ou qu'il a été remédié de manière effective et adaptée à cette position, le caractère équitable du procès reste garanti; voir aussi Cass., 5 janvier 2011, P.10.1618.F.

adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui entend que de tels aveux ne peuvent servir à justifier ni la peine, ni la culpabilité.³⁵ En outre, en ne sanctionnant pas la violation de l'article 6 de la Convention par l'écartement des déclarations auto-incriminantes, la Cour de cassation ne se soustrait-elle pas à son obligation de faire cesser l'illicite?³⁶

10. En revanche, si les aveux litigieux n'ont pas été rétractés en Chambre du conseil, stade de la procédure où l'inculpé a pu obtenir la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil, et *a fortiori*, devant le juge du fond, ces "seconds aveux" du prévenu formulés lors du déroulement de son procès sont en soi suffisants pour fonder le verdict de culpabilité.³⁷ Il faut, en effet, considérer que dans ce cas, la chaîne de causalité entre, d'une part, la violation de l'article 6 de la Convention et, d'autre part, les aveux formulés par le prévenu, après avoir pu être assisté d'un avocat et être informé de l'étendue complète de ses droits – dont ceux de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination – est rompue.³⁸

L'intervention du législateur

11. Lors de la rédaction de cet article une proposition de loi émanant du Sénat était à l'examen à la Chambre des représentants. Le but de ce texte était de conformer notre législation aux standards européens dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme.³⁹ Cette proposition est devenue la loi du 13 août 2011, parue au *Moniteur belge* du 5 septembre 2011, modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté.

³⁵ Voir M.A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure", *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 986; voir aussi T. DECAIGNY et J. VAN GAVER, "Salduz: Nemo tenetur en meer ...", *T. Strafr.*, 2009, p. 209; O. MICHIELS et A. JACOBS, "Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence Salduz et l'arrêt Gäfgen", *J.T.*, 2011, p. 156.

³⁶ Voir *supra*; voir encore E. LAMBERT, "Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", Bruylant, 1999, pp. 106-107 qui écrit que "La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait que si, au moment du jugement devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'illicéité se poursuit, l'Etat, en conséquence du constat de violation, devra prioritairement veiller à la cessation de l'illicéité, et ceci sans même que la Cour ait eu besoin d'enjoindre expressément à l'Etat une telle obligation"; voir aussi V. BERGER, "La Cour européenne des droits de l'homme: propos introductifs", *L'Observateur de Bruxelles*, DBF, n° 81, juillet 2010, p. 10 qui écrit "(...) l'Etat défendeur doit à la fois prendre des mesures en faveur des requérants pour faire cesser l'acte illicite s'il se perpétue et en effacer, autant que possible, les conséquences. Il doit également prendre les mesures nécessaires pour éviter de nouvelles violations similaires".

³⁷ Cass., 5 janvier 2011, P.10.1618.F.

³⁸ Cour eur. D.H., Gäfgen c. Allemagne, 1^{er} juin 2010 précité; Liège, 23 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 819.

³⁹ *Doc. Parl.*, Sén., session 2010-2011, n° 5-663/1 intitulé Proposition de loi modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et le Code d'instruction criminelle, afin de conférer des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté dont le droit de consulter et d'être assistée par un avocat.

Il serait prétentieux de vouloir l'analyser en quelques lignes.^{39bis} Tout au plus, nous voudrions, d'ores et déjà, mettre l'accent sur trois points.

- *Le droit au silence et de ne pas s'auto-incriminer*

12. Premièrement, le législateur entend préserver le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que ces droits sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention.⁴⁰ Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts exigés par un procès équitable. S'il devait être constaté que des aveux ou des preuves matérielles ont été obtenus en violation du droit de garder le silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ils devraient, sans ambiguïté, être écartés des débats.⁴¹

- *L'assistance de l'avocat et la sanction*

13. Deuxièmement, la loi prévoit explicitement qu'une personne qui a été privée de liberté a le droit, en principe, de se faire assister par un avocat. Ce droit se traduit sous la forme d'une concertation préalable et confidentielle entre l'avocat et son client ainsi que d'une assistance pendant l'audition elle-même.⁴² Il s'agit là d'une retranscription fidèle et parfaite de la jurisprudence *Salduz*. Sur ce point, la loi met la Belgique à l'abri des foudres de Strasbourg. En revanche, nous sommes plus réservés quant à la sanction. Pour rappel, la proposition de loi disposait que la condamnation d'une personne ne pouvait être fondée de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante, sur des éléments de preuve obtenus à l'occasion d'une audition qui n'a pas été effectuée conformément aux exigences du nouvel article 47bis du Code d'instruction criminelle. Or, selon nous, c'est la sanction de l'écartement qui s'impose.⁴³ A titre d'exemple, le nouveau Code de procédure pénale suisse nous paraît plus conforme aux exigences européennes puisqu'il prévoit qu'au début de la première audition, la police ou le ministère public informent le prévenu dans une langue qu'il comprend:

^{39bis} Voir sur ce point P. MONVILLE et O. MICHIELS, "Salduz: entre présent et futur...", in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, Anthémis, 2011, pp. 59-94.

⁴⁰ Pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour examine en particulier les éléments suivants: la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus.

⁴¹ Voir par exemple Cour eur. D.H., Jalloh c. Allemagne, 11 juillet 2006.

⁴² Voir le nouvel article 47bis, § 3 du Code d'instruction criminelle.

⁴³ Comparer avec Liège (mise en accusation), 22 avril 2011, c. n° 579 qui rejette cette solution. Un pourvoi a été introduit par l'inculpé contre cette décision; voir aussi Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, 53-1279/002, p. 25.

- qu'une procédure préliminaire est ouverte contre lui et pour quelles infractions;
- qu'il peut refuser de déposer et de collaborer;
- qu'il a le droit de faire appel à un défenseur ou de demander un défenseur d'office;
- qu'il peut demander l'assistance d'un traducteur ou d'un interprète.

Le Code suisse ajoute que les auditions effectuées sans que ces informations aient été données ne sont pas exploitables.⁴⁴

Après l'avis du Conseil d'Etat, la sanction a été rediscutée. Le nouvel article 47bis, § 6 du Code d'instruction criminelle énonce qu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites en violation de ses droits portant sur la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition. C'est, dès lors, l'option de la preuve "qui se doit d'être corroborée" qui est privilégiée alors que la Cour européenne des droits l'homme opte, quant à elle, pour l'exclusion de la déclaration faite sans l'assistance d'un avocat.^{44bis} Devra-t-on s'attendre à une nouvelle condamnation de la Belgique par la Cour strasbourgeoise?⁴⁵ Seul l'avenir nous l'apprendra. Le texte laisse encore entier le problème des preuves qui sont la conséquence d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. Sur ce point, c'est aux juridictions qu'il appartiendra de prendre attitude.

- L'ordonnance de prolongation

Troisièmement, la loi prévoit que, dans les circonstances particulières de l'espèce et s'il existe des indices sérieux de culpabilité, le juge d'instruction peut, sur réquisition du procureur du Roi ou d'office, à une seule reprise, rendre une ordonnance motivée de prolongation du délai constitutionnel de 24 heures et ce pour une durée identique.⁴⁶ Immédiatement, la question de la constitutionnalité d'une telle mesure se fait jour et ce quand bien même cette critique a été rencontrée lors des discussions à la Commission de la justice du Sénat.⁴⁷ S'il est vrai que la référence à la signification d'un mandat d'amener qui pourrait, dans certaines hypothèses, conduire à prolonger le délai de privation de liberté au-delà de vingt-quatre heures⁴⁸ peut paraître séduisante, cette situation est

⁴⁴ Article 158 du Code de procédure pénale suisse entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

^{44bis} S. BERBUTO et E. BERTHE, "Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz!", in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, Anthémis, 2011, p. 150; C. VISART DE BOCARME et N. BANNEUX, "La mise en œuvre de la jurisprudence «Salduz» par le ministère public", in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, Anthémis, 2011, p. 105.

⁴⁵ *Doc. Parl.*, Ch., 53-1279/012, p. 6.

⁴⁶ Voir l'article 15bis de la loi sur la détention préventive qui doit entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2012.

⁴⁷ *Doc. Parl.*, Sénat, Rapport fait au nom de la commission de la justice, 5-663/4, p. 10-12.

⁴⁸ Cass., 22 mars 2005, Pas., 2005, p. 685; O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSSEN, *La détention préventive*, Collection criminalis, Anthémis, 2010, p. 23.

cependant le résultat de la conjonction de deux actes juridiques distincts, à savoir un mandat d'amener suivi d'un mandat d'arrêt. Cette question mérite réflexion et il est fort à parier que le dernier mot reviendra à la Cour constitutionnelle.

Conclusion

L'importance, en droit interne, des arrêts prononcés par la Cour européenne des droits de l'homme n'est plus à démontrer. Peu ou prou, le législateur s'y conforme. Le juge n'est pas en reste puisqu'il lui revient dans l'attente d'une intervention législative d'éviter la "répétition de l'illicite".⁴⁹ Les tergiversations de la Cour de cassation de Belgique, mais également de la Cour de cassation de France,⁵⁰ démontrent combien il est délicat pour le juge de transposer dans son ordre juridique des innovations qui bousculent des principes ancestraux. La "jurisprudence *Salduz*" n'échappe pas à ce constat. Elle heurte le caractère inquisitoire de notre phase préparatoire du procès pénal en permettant à une personne d'être assistée d'un avocat dès qu'elle est privée de liberté. Ce qui paraît aujourd'hui révolutionnaire sera demain présenté comme une contrariété intolérable aux droits de la défense. Reste que pour l'heure, il convient de mettre en œuvre ce droit dans le respect des standards exigés par la Cour européenne des droits de l'homme. Le législateur belge, à la suite de la France ou de la Suisse, s'y est attelé. La version définitive de son texte vient d'être publiée au *Moniteur belge*. D'une lecture rapide de la loi, on constate la volonté du législateur, par l'intervention de l'avocat, de conférer à la phase préliminaire du procès pénal, un caractère plus accusatoire et son souci de garantir à l'accusé le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer. On ne peut que saluer ces initiatives. Reste qu'il faudra prévoir les moyens nécessaires pour permettre aux avocats, qui seront en première ligne, d'assumer ces nouvelles tâches. Ils ne devront pas être les oubliés de cette réforme. Cela ne se limite pas à l'aspect financier; il faudra également mettre les avocats à l'abri de pressions extérieures⁵¹ qui, même s'ils sont tenus à une déontologie stricte,⁵² risquent d'être réelles.⁵³ C'est de la sorte le rôle imparti à l'avocat qui a été en discussion. Devait-il être le gardien du droit ou pouvait-il intervenir comme "défenseur"

⁴⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 19, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 27.

⁵⁰ Voir notre note subpaginale n° 25, *supra*.

⁵¹ O. MICHELS et A. JACOBS, "Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence *Salduz* et l'arrêt *Gäfgen*", *J.T.*, 2011, p. 154.

⁵² La Cour européenne des droits de l'homme réaffirme que le statut spécifique des avocats leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau (Cour eur. D.H., *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c. Portugal*, 29 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 836).

⁵³ Voir à ce propos l'article 47bis, § 7 du Code d'instruction criminelle qui dispose que "Sans préjudice des droits de la défense, l'avocat est tenu de garder secrètes les informations dont il acquiert la connaissance en apportant son assistance pendant les auditions conformément aux articles 2bis, § 2, et 16, § 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal".
.../...

quitte à savoir s'il pourra revenir par la suite sur ce qui s'est réalisé en sa présence?⁵⁴ La loi nous paraît avoir opté pour la première solution.⁵⁵ Elle est raisonnable pour les auditions dans les commissariats de police. Elle l'est beaucoup moins devant le juge d'instruction. En effet, à ce stade de la procédure, alors que l'avocat se trouve face à un juge indépendant et impartial, réduire son rôle à celui de "chien de garde du droit" semble problématique en raison de la qualité respective des intervenants et témoigne d'une défiance, difficilement acceptable, à l'égard du barreau.⁵⁶

C'est, enfin, la durée de la garde à vue et le sort qu'il conviendra de réserver aux déclarations auto-incriminantes qui devront retenir notre attention. En définitive, comme toute législation nouvelle, elle devra faire ses maladies de jeunesse ...

.../...

⁵⁴ L'article 3 de la proposition de loi à l'examen s'attache à cette question: *Doc. Parl.*, Sénat, Proposition de loi modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et le Code d'instruction criminelle, afin de conférer des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté dont le droit de consulter et d'être assistée par un avocat, 5-663/1, p. 24 et pp. 38-39. On peut notamment y lire que les auteurs de la proposition de loi considèrent que les situations suivantes NE SONT PAS AUTORISÉES: l'audition ne peut pas dériver vers une plaidoirie de l'avocat vis-à-vis de la personne qui interroge; l'avocat ne peut pas soulever de contestations juridiques, ni entrer en discussion avec les verbalisants; l'avocat ne peut pas faire cesser l'audition, ni l'influencer, mais doit au contraire faire preuve de retenue de manière à ce que l'audition puisse connaître un déroulement normal; pendant l'audition, l'avocat ne peut pas parler à son client, ni lui glisser quelque chose à l'oreille, ni se concerter ou avoir des contacts avec lui (par des signes par exemple); l'avocat ne peut pas répondre à la place du client; l'avocat ne peut pas s'opposer à ce qu'une question soit posée.

⁵⁵ Voir le nouvel article 2bis, § 2 de la loi sur la détention préventive.

⁵⁶ P. MONVILLE et O. MICHIELS, "Salduz: entre présent et futur...", in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, Anthémis, 2011, p. 91.