

Observations

Le droit à l'assistance d'un avocat est-il un principe général énoncé par la Convention européenne des droits de l'homme ?

La portée de l'article 5 de la Convention

1. L'article 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que nul ne peut être privé de sa liberté que dans les cas qu'il énumère et selon les « voies légales ».

Il s'ensuit que la détention préventive d'un individu ne peut être envisagée que si elle est organisée et réglementée par une loi⁵. La Cour européenne des droits de l'homme ajoute qu'il incombe au premier chef aux juridictions nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Il en va autrement, selon la Cour, lorsque l'inobservation de la législation nationale est susceptible d'emporter violation de la Convention en ce compris des « principes généraux énoncés ou impliqués par elle »⁶. Tel est le cas, notamment, des affaires dans lesquelles l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention est en jeu : la Cour strasbourgeoise doit alors exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne – dispositions légales ou jurisprudence – a été respecté⁷.

Il n'est pas inutile d'ajouter que l'article 5, paragraphe 3, de la Convention, qui forme un tout avec le paragraphe 1^{er}, c, du même article a pour finalité de fournir à la personne gardée à vue la garantie de disposer d'une procédure judiciaire visant à assurer que nul n'est arbitrairement privé de la liberté⁸. Une telle procédure, qui doit être automatique⁹, englobe tant l'accès à un juge indépendant et impartial que l'obligation pour ce dernier d'apprécier, au regard de critères juridiques prédéfinis, si le maintien en détention est ou non justifié¹⁰. En somme, l'article 5 de la Convention impose de traduire au plus vite une personne privée de la liberté devant un magistrat à qui il reviendra de se prononcer sur le bien-fondé de la détention.

5. Voy. notamment Cour eur. D.H., *Lutsenko c. Ukraine*, 3 juillet 2012 ; Cour eur. D.H., *Schönbrod c. Allemagne*, 24 novembre 2011 ; Cour eur. D.H., *Jusic c. Suisse*, 2 décembre 2010 ; Cour eur. D.H., *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005 ; Cour eur. D.H., *Amuur c. France*, 25 juin 1996. De surcroît, il est essentiel, en matière de privation de liberté, que le droit interne définisse clairement les conditions de détention et que la loi soit prévisible dans son application (Cour eur. D.H., *Kortesis c. Grèce*, 2 juin 2012 ; Cour eur. D.H., *Toniolo c. San Marino et Italie*, 26 juin 2012 ; Cour eur. D.H., *Adamov c. Suisse*, 21 juin 2011) ; les règles de droit peuvent être écrites ou non écrites (Cour eur. D.H., *Laumont c. France*, 8 novembre 2001 ; Cour eur. D.H., *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998).

6. Cour eur. D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979 ; Cour eur. D.H., *Karatepe c. Turquie*, 12 octobre 2010 ; Cour eur. D.H., *Pyatkov c. Russie*, 13 novembre 2012.

7. Voy. notamment Cour eur. D.H., *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000 ; Cour eur. D.H., *Minjat c. Suisse*, 28 octobre 2003 ; Cour eur. D.H., *Popov c. Bulgarie*, 1^{er} décembre 2005 ; Cour eur. D.H., *Maire d'Eglise c. France*, 20 novembre 2008 ; Cour eur. D.H., *Adamov c. Suisse*, 21 juin 2011 ; Cour eur. D.H., *Svetoslav Hristov c. Bulgarie*, 13 janvier 2011.

8. Voy. notamment : Cour eur. D.H., *Ahmade c. Grèce*, 25 septembre 2012 dans lequel on peut lire que « Nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5, paragraphe premier, la notion d' " arbitraire " dans ce contexte allant au-delà du défaut de conformité avec le droit national. En conséquence, une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention » ; Cour eur. D.H., *Greanga c. Roumanie*, 23 février 2012 ; Cour eur. D.H., *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009 ; Cour eur. D.H., *Zervudacki c. France*, 27 juillet 2006.

9. Cour eur. D.H., *Samoïla et Cionca c. Roumanie*, 4 mars 2008.

10. D. CHICHOYAN, O. MICHIELS et P. THEVISSEN, *La détention préventive*, collection Criminalis, Anthémis, 2010, pp. 153-154.

Le droit belge avant sa modification par la loi Salduz

2. Nul n'ignore plus que la loi sur la détention préventive, avant sa modification par la loi dite *Salduz*¹¹, ne prévoyait l'assistance d'un avocat ni lors de la privation de liberté, ni lors de l'interrogatoire par le juge d'instruction précédant la délivrance éventuelle d'un mandat d'arrêt. Or, depuis son arrêt *Salduz c. Turquie*¹², la Cour européenne des droits de l'homme retient que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, paragraphe 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.

Tirant profit de cette jurisprudence, l'inculpée S. fit valoir devant la chambre des mises en accusation de Liège que, n'ayant pu bénéficier de l'assistance d'un avocat que postérieurement à la délivrance d'un mandat d'arrêt, non seulement son droit à un procès équitable fut violé mais encore que sa privation de liberté n'avait pas été opérée « selon les voies légales ». Ces moyens furent tous deux écartés par la juridiction d'instruction liégeoise.

C'est, dès lors, devant la Cour européenne des droits de l'homme que la requérante plaida sa cause.

L'assistance d'un avocat principe général de la Convention ?

3. La question qui se posait à la Cour était de savoir si la Convention implique un « principe général » – qui par définition transcende les dispositions de cette dernière – selon lequel toute personne privée de liberté doit avoir la possibilité d'être assistée d'un avocat dès le début de sa détention.

La réponse ne se fit pas attendre. Pour la Cour, le droit à l'assistance d'un avocat est un principe propre au droit à un procès équitable, qui trouve son fondement spécifique dans le troisième paragraphe de l'article 6 de la Convention. Il ne s'agit pas d'un « principe général » impliqué par la Convention, les principes de cette nature étant par définition transversaux. La Cour indique à ce sujet que les principes généraux impliqués par la Convention auxquels renvoie la jurisprudence relative à l'article 5, paragraphe 1^{er}, sont le principe de la prééminence du droit, celui de la sécurité juridique, le principe de proportionnalité et, enfin, le principe de protection contre l'arbitraire.

11. Voy. notamment à ce sujet : L. KENNES, « La loi du 13 août 2011 conférant des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté », *Rev. dr. pén.*, 2012, pp. 5-67 ; P. MONVILLE et O. MICHIELS, « *Salduz* : entre présent et futur ... », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, vol. 128, Anthemis, 2011, pp. 43-94 ; C. VISART DE BOCARDÉ et N. BANNEUX, « La mise en œuvre de la jurisprudence *Salduz* par le ministère public », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, vol. 128, Anthemis, 2011, pp. 96-120 ; S. BERBUTO et E. BERTHE, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec *Salduz* », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, vol. 128, Anthemis, 2011, pp. 122-153.

12. Cour eur. D.H., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, cette revue, 2009, p. 196, obs. A. JACOBS ; *J.D.J.*, 2009, p. 31, note B. VAN KEIRSBIJCK ; *N.j.W.*, 2009, p. 24, note S. BOUZOUMITA ; *T. Strafr.*, 2009, p. 36 ; voy. encore les arrêts Cour eur. D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009 ; Cour eur. D.H., *Adamkiewicz c. Pologne*, 2 mars 2010, cette revue, 2010, p. 705 ; Cour eur. D.H., *Plonka c. Pologne*, 31 mars 2009 ; voy. 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 » ; 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 ; voy. encore Cour eur. D.H., *Güvenilir c. Turquie*, 13 octobre 2009 ; Cour eur. D.H., *Ümit Aydın c. Turquie*, 5 janvier 2010 ; Cour eur. D.H., *Brusco c. France*, 14 octobre 2010, *J.T.*, 2010, p. 713 ; cette revue, 2010, p. 1692, et note de T. DECAIGNY et M. NEVE ; Cour eur. D.H., *Bouglame c. Belgique*, 2 mars 2010, cette revue, 2010, p. 714, et obs. de M.-A. BEERNAERTS et F. MOREAU ; O. MICHIELS, « De *Salduz* à *Brusco* ou les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme sur la présence de l'avocat », in *Liber amicorum A. De Nauw*, die Keure, 2011, pp. 651-665.

La Cour en conclut que si l'impossibilité légale pour un « accusé » privé de liberté d'être assisté par un avocat dès le début de sa détention affecte l'équité de la procédure pénale dont il est l'objet, il ne peut être déduit de cette seule circonstance que sa détention est contraire à l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention en ce qu'elle ne répondrait pas à l'exigence de légalité inhérente à cette disposition.

En d'autres termes, une législation qui contrevient à l'article 6, paragraphes 1^{er} et 3, c, de la Convention en tant qu'elle ne garantit pas l'assistance d'un avocat à une personne arrêtée peut, néanmoins, sous l'angle de l'article 5 de la même Convention constituer une « voie légale » susceptible de priver un individu de la liberté¹³. L'arrêt commenté constitue une nouvelle illustration du fait que la Cour ne combine pas nécessairement les dispositions de la Convention dont la violation est alléguée à telle enseigne qu'elle peut parfaitement conclure qu'une violation de l'article 6 n'entraîne pas, *ipso facto*, une violation de l'article 5. Par un tel examen systématique des dispositions en cause, la Cour évite d'amalgamer les droits consacrés par la Convention et s'oblige à procéder à une analyse plus fine de la situation critiquée.

4. Si indéniablement, l'intervention rapide d'un avocat au cours de la garde à vue constitue une garantie supplémentaire pour parer le risque d'une détention injustifiée, il nous paraît cependant hasardeux de conclure que l'absence d'un conseil entraîne irrémédiablement un manquement à l'article 5 de la Convention¹⁴. En effet, à l'instar de la Cour européenne, nous sommes d'avis que cet article n'est pas violé dès lors que le juge – aux yeux d'un public exempt de préjugé malveillant envers les institutions¹⁵ – est un rempart contre l'arbitraire à qui il appartient de contrôler la détention sous l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5, paragraphe 1^{er}¹⁶. Telle sera très certainement la position des juridictions d'instruction pour les causes dont l'instruction a débuté avant l'entrée en vigueur de la loi *Salduz* si l'inculpé devait soutenir que, n'ayant pu bénéficier de l'assistance d'un avocat, sa détention est illégale.

L'absence de l'avocat et le respect de l'équité de la procédure

5. Nous le savons déjà, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu, sans surprise, dans l'arrêt commenté que l'impossibilité légale pour un « accusé » privé de liberté d'être assisté par un avocat dès le début de sa détention affecte l'équité de la procédure pénale¹⁷. Inévitablement, il appartiendra au juge du fond de prendre acte de la violation de l'article 6 de la Convention. Sans vouloir jouer les oiseaux de mauvais augures, les conséquences pratiques de ce manquement risquent toutefois d'être limitées. En effet, d'une part, les juridictions de fond ne sont pas juges de la détention préventive et, d'autre part, il est fort à parier qu'arrivé à ce stade de la procédure le tempérament *Gäffgen* – entendu comme la rupture de la chaîne de causalité¹⁸ – sortira ses pleins et entiers effets.

13. Pour une critique de cette position voy. F. FOURMENT, « Fondement juridique et notion d'assistance par un avocat en garde à vue », *Dalloz*, 2012, p. 2645.

14. Il convient de constater que, dans l'affaire commentée, la détention de la requérante – qui fut inculpée du chef de tentative d'homicide – en vue de la conduire devant l'autorité judiciaire compétente n'était pas contestée (Cour eur. D.H., *Simons c. Belgique*, 28 août 2012, paragraphe 27).

15. C.A., 8 octobre 2003, n° 132/2003, cette revue, 2004, p. 122, *R.W.*, 2003-2004, p. 791 ; voy. aussi Cour eur. D.H., *Thomann c. Suisse*, 10 juin 1996.

16. Cour eur. D.H., *Dougou c. Grèce*, 6 mars 2001 ; Cour eur. D.H., *Ahmade c. Grèce*, 25 septembre 2012.

17. Dans l'arrêt commenté, la Cour observe que ce droit vaut *a fortiori* lorsque la personne accusée n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire.

18. Cour eur. D.H., *Gäffgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, *T. Straf.*, 2011, T. SPONKEN, « De zaak Gäffgen : de dilemma's van het folterverbod » ; voy. aussi la note d'O. MICHIELS et A. JACOBS, « L'admissibilité des preuves obtenues en

(suite p. 261)

Le droit interne cadencé par la jurisprudence Salduz ?

La sanction applicable devant le juge du fond

6. Le droit belge, par le biais de la loi dite *Salduz* du 13 août 2011, s'est conformé aux enseignements dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme et a consacré le droit à l'assistance d'un avocat notamment à l'égard d'une personne arrêtée. Pour faire très bref, le nouvel article 47bis du code d'instruction criminelle confère à la personne privée de la liberté le droit à une concertation confidentielle préalable avec son conseil et le droit à l'assistance de celui-ci pendant l'audition.

C'est au niveau de la sanction que le bât blesse. En effet, l'article 47bis, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle dispose qu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites en violation des paragraphes 2, 3 et 5, à l'exclusion du paragraphe 4, en ce qui concerne la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition.

En clair, c'est l'option de la preuve « qui se doit d'être corroborée » par d'autres éléments probatoires qui est privilégiée alors que Cour européenne des droits de l'homme opte, quant à elle, sous la réserve de l'application de la théorie de la rupture de la chaîne de causalité¹⁹, pour l'exclusion de la déclaration auto-incriminante réalisée sans l'assistance d'un avocat pour fonder la culpabilité ou la peine²⁰.

(suite de la note 18, p. 260)

violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén.*, 2011, pp. 292-307. Dans cette affaire *Gäfgen*, 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 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. La Cour européenne 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. Aussi, dès lors que les preuves obtenues au moyen de la violation de l'article 3 de la Convention n'étaient pas nécessaires et n'ont pas servi ni à asseoir la conviction du juge, ni à lui permettre de fixer la peine, « 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 ».

19. 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. 157-158.
20. S. BERBUTO et E. BERTHE, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec *Salduz* ! », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, vol. 128, Anthemis, 2011, p. 150 ; comparez avec C. VISART DE BOCARME et N. BANNEUX, « La mise en œuvre de la jurisprudence "*Salduz*" par le ministère public », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, vol. 128, Anthemis, 2011, p. 105 ; on mentionnera encore qu'au cours de l'examen du projet par la section de législation du Conseil d'Etat, celui précisait que « compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la loi devrait disposer que des déclarations faites en violation des garanties formelles qui ressortent de l'arrêt *Salduz* ne peuvent en aucun cas être utilisées pour condamner l'intéressé » (Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, 53-1279/002, p. 25). Au Sénat, le ministre de la Justice, clôturant la discussion, observait à propos du choix de la preuve corroborante que le Conseil d'Etat a estimé que les prescriptions européennes en la matière sont plus sévères ; de tels éléments de preuve doivent être écartés totalement, y compris comme preuves corroborantes. La jurisprudence européenne opte donc pour l'exclusion de la preuve. Si l'on veut quand même inscrire l'option de la preuve corroborante dans la loi, on s'expose donc à un risque qui ne sera en l'occurrence pas réparable si l'on compare, tout en fin de procédure, devant la Cour européenne. Il en va de même pour la jurisprudence *Antigone*, qui considère que la preuve illicite ne peut contribuer à prouver une infraction si son utilisation est contraire au droit à un procès équitable. La Cour européenne estimera qu'une audition sans assistance ou sans concertation préalable viole le droit à un procès équitable. De plus, l'on court également le risque que certains juges adoptent une position encore plus sévère que ce que prévoit la loi (*Doc. parl.*, Sénat, session 2010-2011, n° 5-663/10, pp. 31-32 ; voy. aussi *Doc. parl.*, Ch., 53-1279/012, p. 6).

Cette contrariété a parfaitement été mise en évidence par M.-A. Beernaert dans les lignes de cette revue²¹. C'est, dès lors, avec impatience, que l'on attendra la position de la Cour constitutionnelle qui a été saisie d'une question préjudicielle puis d'un recours en annulation qui portent sur la conformité de la sanction retenue par la loi belge avec la jurisprudence européenne.

Mentionnons que pour la Cour de cassation, 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. Il en résulte que le juge pénal ne peut puiser de preuve à charge de la personne entendue dans une audition à cet égard irrégulière²².

La sanction applicable par les juridictions d'instruction

7. Envisagé cette fois sous l'angle de la délivrance du mandat d'arrêt, le nouvel article 16, paragraphe 2, de la loi sur la détention préventive énonce que le juge d'instruction entend l'inculpé et, le cas échéant, son avocat, en ses observations. Immanquablement, la question de la validité du mandat d'arrêt se posera si le juge d'instruction devait procéder à l'audition de l'inculpé en ignorant le droit de ce dernier à être assisté par un conseil. Il nous paraît qu'une telle audition contient en son sein un vice qui contamine inéluctablement le mandat d'arrêt de sorte que l'élargissement immédiat de l'inculpé ne pourra être exclu²³. En effet, selon nous, le droit à l'assistance de l'avocat étant intimement lié à la formalité de l'audition préalable, il nous paraît difficilement tenable de dissocier ce droit de l'audition qui, rappelons-le, est une condition de forme du mandat d'arrêt²⁴.

C'est évidemment au premier chef aux juridictions d'instruction et, en finale, à la Cour de cassation qu'il reviendra de trancher la question dès l'instant où le législateur n'a pas prévu de sanction. Dans ce contexte, on peut se demander quelle sera l'incidence de l'arrêt commenté lorsqu'il reviendra aux juridictions nationales de justifier de la légalité du mandat d'arrêt dès lors que le droit à l'assistance d'un avocat aura été violé.

8. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne laisse place à aucune ambiguïté, il ne revient pas à celle-ci de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Le principe est connu, c'est au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne²⁵. Plus précisément à propos des titres de détention, la Cour estime que ces derniers sont *prima facie* valides et efficaces tant qu'ils n'ont pas été annulés par une juridiction supérieure. Cependant, la Cour estime qu'une décision de placement en détention doit être considérée comme étant *ex facie* invalide si le vice décelé

21. M.-A. BEERNAERT, « La loi *Salduz* : un premier *nihil obstat* de la Cour constitutionnelle », obs. sous C.C., 22 décembre 2011, cette revue, 2012, pp. 110-111 ; voy. aussi C. VAN DEUREN, « De *Salduz*-wet : enkele bedenkingen », *Nullum Crimen*, 2011, p. 312 ; D. VANDERMEERSCH, « *Salduz*, vers une nouvelle ère ? », *J.T.*, 2011, p. 861.

22. Voy. Cass., 5 septembre 2012, *J.T.*, 2012, p. 711, cette revue, 2012, p. 1511.

23. P. MONVILLE et O. MICHIELS, « *Salduz* : entre présent et futur ... », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, vol. 128, Anthemis, 2011, pp. 92-93.

24. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Collection de la Faculté de droit de Liège, Larcier, 4^e édition, 2012, pp. 690-692.

25. Voy. par exemple Cour eur. D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006.

s'analyse en une « irrégularité grave et manifeste » au sens exceptionnel indiqué dans la jurisprudence de la Cour²⁶. Il s'agit notamment des cas où une juridiction procède de mauvaise foi ou si elle ne s'est pas employée à appliquer correctement la législation pertinente. Une défaillance procédurale ne signifie pas, *ipso facto*, que la détention était illégale ou que le titre ordonnant la privation de liberté était *prima facie* invalide²⁷.

Il nous paraît que, sauf si les circonstances de la cause permettent de déceler un vice qui peut s'analyser en une « irrégularité grave et manifeste », il est fort à parier que la Cour européenne estimera *prima facie* que la détention est conforme aux « voies légales » et « régulière » au sens de l'article 5, paragraphe premier, de la Convention quand bien même une condition de forme n'a pas été respectée. En fin de compte, c'est la Cour de cassation qui tranchera la question sans qu'*a priori* le demandeur en cassation ne puisse se prévaloir devant notre Haute Cour d'un moyen tiré de la violation de l'article 5 de la Convention.

Conclusion

9. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé ne pas devoir combiner les articles 5 et 6 de la Convention. Cette articulation n'était pas impossible²⁸ mais la Cour s'est gardée d'y recourir en confinant le droit à l'assistance d'un avocat sur le terrain de l'équité de la procédure. Cette démarche n'est pas anodine dès lors que si l'impossibilité légale pour un accusé privé de liberté d'être assisté par un avocat dès le début de sa détention affecte l'équité de la procédure pénale dont il est l'objet, il ne peut être déduit de cette seule circonstance que sa détention est contraire à l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention.

En plaçant, par ailleurs, le débat sur le terrain de l'article 6, la Cour oblige le juge du fond, dans les cas où la procédure serait toujours en cours, à réparer l'illicite tout en appréciant le caractère équitable du procès au regard de l'ensemble de la procédure²⁹. L'équité du procès englobant alors non seulement les droits de la défense mais aussi l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis et, si nécessaire, des droits des témoins³⁰. Partant, pour autant qu'il soit mis fin à l'illicite, le seul constat de la violation de l'article 6 n'empêcherait pas *ipso facto* la poursuite de la procédure³¹ devant les juridictions nationales.

OLIVIER MICHIELS

Conseiller à la cour d'appel de Liège
Maître de conférences à l'Université de Liège

26. Cour eur. D.H., *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009 ; Cour eur. D.H., *Marturana c. Italie*, 4 mars 2008 ; Cour eur. D.H., *Liou c. Russie*, 6 décembre 2007.

27. Cour eur. D.H., *Marturana c. Italie*, 4 mars 2008 ; Cour eur. D.H., *Liou c. Russie*, 6 décembre 2007 ; Cour eur. D.H., *Khudoyorov c. Russie*, 8 novembre 2005 ; Cour eur. D.H., *Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996 ; voy., *mutatis mutandis*, *Gaidjurgis c. Lituanie*, 16 janvier 2001.

28. F. FOURMENT, « Fondement juridique et notion d'assistance par un avocat en garde à vue », *Dalloz*, 2012, p. 2645.

29. Voy. notamment, sur le caractère équitable de la procédure apprécié *in globo*, Cour eur. D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000 ; Cour eur. D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, 5 novembre 2002 ; Cour eur. D.H., *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006 ; Cour eur. D.H., *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009 ; Cour eur. D.H., *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008 ; Cour eur. D.H., *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010, *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 695 et note A. JACOBS et V. MALABAT, cette revue, 2011, p. 100.

30. Voy. encore sur ce point : Cour eur. D.H., *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011.

31. Voy. 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 ; comparez avec M. FRANCHIMONT et A. JACOBS, « Quelques réflexions sur l'irrecevabilité de l'action publique », in *Liber amicorum H. D. Bosly*, La Chartre, 2009, p. 205.