

## *Observations*

### **La « loi Salduz » confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle**

#### ***Introduction***

Il est inutile de rappeler le séisme provoqué par la jurisprudence *Salduz* et sa laborieuse transposition par le législateur belge dans la « loi *Salduz* » du 13 août 2011 ainsi que les difficultés d'application de celle-ci. Partons plutôt du fait que la loi du 13 août 2011 a le mérite d'exister et d'avoir été mise en œuvre tant bien que mal sur le terrain, même si elle a des raisons de laisser les avocats amers devant une méfiance affirmée du législateur à leur égard et le manque de moyens financiers à l'appui de l'aide juridique et même si elle laisse également certains services de police aux prises avec bien des problèmes pratiques non résolus.

C'est cette loi que la Cour constitutionnelle avait pour tâche délicate de passer au crible des différents recours en annulation mettant principalement en cause son champ d'application en ce qu'elle distingue les suspects selon qu'ils sont privés de liberté ou non, la nature – passive ou active – de l'intervention de l'avocat et enfin la sanction du non-respect des nouveaux droits conférés par la loi. À côté de ces trois points centraux, bien d'autres motifs d'annulation étaient soulevés.

Il est évident qu'une sanction radicale de ces différents axes de la loi eût signé son arrêt de mort. La Cour constitutionnelle prend au contraire des positions nuancées, annulant certaines dispositions, en interprétant d'autres ou ouvrant des portes pour une meilleure application de certaines. Ce faisant, elle fait sien le souci du législateur de prendre en considération, d'une part, la praticabilité et l'efficacité de la loi et, d'autre part, les nécessités imposées par le respect du délai de garde à vue de vingt-quatre heures. Cela débouche sur de véritables améliorations de la loi, même si certains regretteront que la Cour ne l'ait pas davantage bouleversée.

Nous passerons rapidement en revue d'abord les dispositions annulées par la Cour, ensuite celles qu'elle aménage en leur donnant une interprétation particulière et enfin quelques-unes de celles qu'elle estime conformes à la Constitution.

#### **A. Les dispositions annulées**

Les recours en annulation, faisant écho à la doctrine, critiquaient la différence de traitement réservée par la loi au suspect selon qu'il est privé de liberté ou non, seul le premier bénéficiant à la fois d'une concertation confidentielle préalable à son audition et de l'assistance de l'avocat au cours de celle-ci. Ils critiquaient aussi le fait que la loi excluait tout de go les suspects d'infraction de roulage. Enfin, la sanction de la violation des nouveaux droits reconnus au suspect était au cœur des débats.

##### ***1. La distinction entre le suspect privé de liberté et celui qui ne l'est pas***

Procédant à un examen minutieux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle retient que c'est l'état particulier de vulnérabilité de la personne privée de liberté qui justifie l'assistance de l'avocat lors de son audition, avec pour corollaire que le suspect laissé en liberté ne nécessite pas cette garantie maximale ; la concertation confidentielle suffit à garantir notamment son droit à garder le silence et à ne pas s'incriminer... et à mettre fin à l'audition en quittant les lieux, le cas échéant. Encore faut-il qu'il ait conscience de cette possibilité, en d'autres termes qu'il soit clairement informé qu'il n'est pas en état d'arrestation et qu'il peut en conséquence quitter le local d'audition à tout moment. La Cour ne manque pas à cet égard de rappeler les propos plus qu'éton-

nants du ministre de la Justice au cours des débats parlementaires qui considérait que pareille information au suspect risquerait « d'empêcher les services de police de faire leur travail correctement dans la mesure où une personne informée explicitement de ce droit n'hésitera sans doute pas à l'exercer »<sup>1</sup>.

La Cour annule en conséquence l'article 47bis, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du code d'instruction criminelle en ce qu'il ne prévoit pas que la personne suspectée qui est interrogée doit être informée qu'elle n'est pas arrêtée et qu'elle peut en conséquence aller et venir à tout moment. Sans doute au motif que cette information requiert l'adaptation des formulaires d'information remis au suspect, la Cour maintient toutefois les effets de la disposition jusqu'à l'intervention du législateur et au plus tard le 31 août 2013.

Si pareille information n'était pas clairement faite au suspect, la sanction prévue à l'article 47bis, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle trouverait à s'appliquer, dans les termes redéfinis par la Cour et dont il sera question ci-dessous, et ce pour les auditions postérieures à l'intervention du législateur ou au 31 août 2013.

Dans l'attente de cette intervention, les auditions réalisées sans que le suspect soit informé du fait qu'il n'est pas privé de liberté et qu'il peut mettre fin à son audition à tout moment seront *a priori* régulières, sous réserve de l'appréciation du respect des droits de la défense par les juridictions d'instruction et par le juge du fond. Ceux-ci pourraient considérer que, dans les circonstances de la cause, pareil défaut d'information viole les droits de la défense et que la preuve ainsi récoltée est irrégulière ; elles devront en conséquence lui appliquer le test *Antigone* et, le cas échéant, l'écarter des débats – ainsi que toutes les preuves qui en découlent – si elle porte atteinte au caractère équitable du procès.

L'on ne peut que saluer la prise de position de la Cour qui, sans remettre en cause la *summa divisio* de la loi – qui semble bien conforme à la jurisprudence de la Cour européenne<sup>2</sup> – renforce considérablement les droits du suspect non privé de liberté. Le revers de la médaille est évidemment la crainte de voir se multiplier les arrestations<sup>3</sup>, tout en étant que ce risque est peut-être limité en raison de la lourdeur des auditions de suspects privés de liberté<sup>4</sup>.

## 2. L'exclusion du suspect d'infraction de roulage

L'on se souviendra que, pour des raisons de praticabilité, le législateur avait exclu du droit à la concertation confidentielle celui qui est suspecté d'une infraction en matière de roulage quelle qu'elle soit, fût-il interrogé pour homicide involontaire.

1. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, Doc. 53-1279/005, p. 40.

2. La Cour renvoie à Cour eur. D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, paragraphes 31-32 ; Cour eur. D.H., *Zaichenko c. Russie*, 18 février 2010, paragraphes 47-48 ; Cour eur. D.H., *Brusco c. France*, 14 octobre 2010, paragraphe 45 ; Cour eur. D.H., *Stojkovic c. France et Belgique*, 27 octobre 2011, paragraphe 53 ; Cour eur. D.H., *Smolik c. Ukraine*, 19 janvier 2012. La doctrine se prononçait largement en sens contraire ; voy. A. LEROY, « L'avocat et la loi Salduz », *J.T.*, 2011, p. 856 ; D. DILLENBOURG, « La jurisprudence de la Cour européenne : état de la question et enjeux. L'assistance de l'avocat, la garde à vue et les interrogatoires d'enquête dans la jurisprudence récente de la Cour », *Actualités de droit pénal*, Anthemis, Formation permanente CUP, vol. 128, 2011, pp. 17-18. ; S. BERBUTO et E. BERTHE, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz ! », *Actualités de droit pénal*, Anthemis, Formation permanente CUP, vol. 128, 2011, pp. 135-137 ; T. DECAIGNY, M. COLETTE et P. DE HERT, « Wet consultatie- en bijstandsrecht. Wet van 13 augustus 2011 als antwoord op Salduz-rechtspraak », *N.j.W.*, 2011, p. 527 ; M.-A. BEERNAERT, « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 977.

3. Ce risque était déjà évoqué avant l'arrêt de la Cour constitutionnelle comme corollaire de l'obligation d'informer le suspect des faits à propos desquels il allait être interrogé ; voy. C. DE VALKENNEER, « L'application de la loi du 13 août 2011 au stade de la phase policière », *J.T.*, 2011, p. 842, et note 38.

4. Voy. en ce sens COL 8/2011 du 23 septembre 2011 relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat à partir de la première audition dans le cadre de la procédure pénale belge, pp. 6 et s.

Même si la Cour est prête à faire preuve de compréhension à l'égard de considérations de faisabilité justifiant les choix du législateur<sup>5</sup>, c'est le caractère général de l'exclusion du contentieux du roulage qui pose problème. Elle annule en conséquence, dans l'article 47bis, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, du code d'instruction criminelle, les mots « à l'exception des délits visés à l'article 138, 6<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup>bis et 6<sup>o</sup>ter ».

En pratique, bénéficieront donc de la concertation confidentielle les suspects entendus pour infractions de roulage pouvant donner lieu à décernement d'un mandat d'arrêt, soit par exemple dans les cas d'accidents mortels et dans certains cas de délits de fuite ou de conduite en état d'ivresse commis en état de récidive<sup>6</sup>.

Toutefois, la Cour maintient en vigueur la disposition annulée jusqu'à l'intervention du législateur, au plus tard le 31 août 2013.

### 3. La sanction

La sanction de la violation des garanties reconnues par la loi *Salduz* est apparue comme une question délicate au cours des travaux préparatoires, le législateur faisant preuve de bien des hésitations, en dépit des recommandations du Conseil d'État de ne permettre aucune utilisation des preuves recueillies en violation du droit à la concertation et à l'assistance d'un avocat. Il avait fini par considérer que les aveux obtenus en violation du droit d'être averti de son droit au silence et à ne pas s'incriminer, du droit à une concertation confidentielle ou du droit à l'assistance de l'avocat pouvaient être pris en considération par le juge du fond, mais que la condamnation ne pouvait être fondée sur ces seules déclarations ; en d'autres termes, pareils aveux devaient être corroborés par d'autres éléments de preuve – sans pour autant exclure qu'ils jouent un rôle déterminant – rien ne faisant obstacle à ce que les preuves corroborantes aient été recueillies ensuite des déclarations initiales.

La doctrine avait unanimement critiqué pareille sanction<sup>7</sup> qui était bien en deçà de la jurisprudence de la Cour européenne puisque celle-ci considère généralement que l'absence d'avocat constitue une atteinte irréparable à l'équité de la procédure et qu'il n'est donc pas admissible pour le juge de fonder sa décision sur les preuves ainsi recueillies<sup>8</sup>.

À l'issue d'un examen minutieux de la jurisprudence strasbourgeoise, la Cour constitutionnelle conclut à la nécessaire exclusion totale des déclarations obtenues en violation du droit à l'information sur le droit au silence et à ne pas s'incriminer ou du droit à la concertation ou à l'assistance d'un avocat. À cette fin, elle annule le mot « seul » dans l'article 47bis, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle, de telle sorte que la sanction de pareille violation se lise de la manière suivante :

*« Aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le 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 ».*

<sup>5</sup> Voy. B.26.2.

<sup>6</sup> L'on observera la difficulté pour les policiers de qualifier les faits, d'autant que, dans ces derniers cas, ils devront, à cette fin, disposer du casier judiciaire du suspect.

<sup>7</sup> A. LEROY, « L'avocat et la loi *Salduz* », *J.T.*, 2011, p. 856 ; S. BERBUTO et E. BERTHE, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec *Salduz* ! », *Actualités de droit pénal*, Anthémis, Formation permanente CUP, vol. 128, 2011, pp. 150-152 ; M.-A. BEERNAERT, « La jurisprudence européenne *Salduz* et ses répercussions en droit belge », *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal*, Anthémis, Coll. Jeune barreau de Charleroi, 2012, pp. 65-66 ; D. VANDERMEERSCH, « *Salduz*, vers une nouvelle ère ? », *J.T.*, 2011, p. 861 ; C. VAN DEUREN, « De *Salduz*-wet : enkele bedenkingen », *N.C.*, 2011, p. 312, n° 8 ; P. TERSAGO, « Enkele beschouwingen bij de *Salduz*-wet », *Juristenkrant*, 21 décembre 2011, p. 13.

<sup>8</sup> Voy. par exemple Cour eur. D.H., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, cette revue, 2009, p. 196, et obs. A. JACOBS ; Cour eur. D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, paragraphe 32 ; Cour eur. D.H., *Yesilkaya c. Turquie*, 8 décembre 2009 ; Cour eur. D.H., *Lazarenko*, 28 octobre 2010 ; Cour eur. D. H., *Hovanesian c. Bulgarie*, 21 décembre 2010 ; sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, voy. C. VAN DEUREN et M. COLETTE, « Trymbach of het probleem van fictieve rechtsbescherming », *T. Strafr.*, 2012, p. 139.

Dès lors, ni les preuves directement obtenues en violation des droits du suspect ni celles obtenues indirectement ne peuvent être prises en considération d'aucune manière. La jurisprudence *Antigone* ne sera d'aucun secours pour sauver ces preuves irrégulières dans la mesure où, par hypothèse, elles mettent à mal l'équité du procès. Ce constat ne débouchera toutefois pas nécessairement sur une irrecevabilité des poursuites dès l'instant où le tempérament apporté par la jurisprudence *Gäfgen*<sup>9</sup> – entendu comme la consécration de la théorie de « la rupture de la chaîne de causalité »<sup>10</sup> – permettra de prendre en compte les preuves recueillies ensuite de l'aveu irrégulier pour autant qu'elles n'aient pas d'impact sur la reconnaissance de culpabilité et sur la peine.

## B. Les dispositions aménagées par la Cour constitutionnelle

La Cour va donner sa propre interprétation de deux dispositions – ce qui assouplit substantiellement la loi – relatives à l'accès au dossier répressif et à la durée de la concertation confidentielle.

### 1. La consultation du dossier répressif

Dès l'entrée en vigueur de la loi, les avocats se plaignaient de ne pouvoir remplir efficacement leur mission dès lors qu'ils ignoraient à peu près tout du dossier monté contre leur client.

Rappelant les objectifs de la loi, à savoir éviter les auditions sous la contrainte et permettre au suspect de bénéficier de l'assistance de l'avocat telle qu'elle était décrite dans l'arrêt *Dayanan*<sup>11</sup>, la Cour estime que l'avocat est à même d'assumer sa mission sans avoir une connaissance approfondie de l'ensemble du dossier répressif dès ce stade précoce de la procédure. Cette position répond à des soucis pratiques : d'une part, éviter une surcharge de travail pour les services de police et les magistrats qui devront notamment faire le tri entre les pièces communicables et celles qui ne le sont pas, dès lors qu'il semble acquis pour la Cour qu'il est hors de question de communiquer systématiquement l'ensemble du dossier ; d'autre part, respecter le délai de garde à vue de vingt-quatre heures.

Il n'en reste pas moins que la Cour est sensible à la difficulté pour l'avocat d'assumer une défense effective et elle se montre à cet égard particulièrement réaliste en ayant à l'esprit que certains suspects seront incapables de relayer à leur avocat les informations qui leur ont été communiquées quant aux faits dont ils sont soupçonnés. Elle impose en conséquence aux enquêteurs, procureur du Roi et juge d'instruction, en fonction des circonstances et des caractéristiques de la personne

9. Cour eur. D.H., *Gäfgen c. Allemagne*, 1<sup>er</sup> juin 2010, *T. Strafr.*, 2011, p. 46, et obs. T. SPRONKEN, « De zaak Gäfgen : de dilemma's van het folterverbod » ; voy. aussi 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 », *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. 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 ».

10. 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 *Saldut* et l'arrêt *Gäfgen* », *J.T.*, 2011, pp. 157-158.

11. Dans cet arrêt, la Cour européenne décrivait « la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil » en citant « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche de preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien à l'accusé en détresse, le contrôle des conditions de détention » (Cour eur. D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, paragraphe 32) ; sur les difficultés engendrées par cet arrêt, voy. J. MEESE, « Het probleem *Dayanan* », *Het strafrecht bedreven, Liber amicorum Alain De Nauw*, die Keure, 2011, pp. 641-649.

concernée, d'informer également eux-mêmes l'avocat des faits au sujet desquels a lieu l'audition ; cette obligation ne vaut cependant que pour les auditions réalisées postérieurement à la publication de l'arrêt au *Moniteur*.

On peut dire que la Cour réalise ainsi un équilibre des plus délicats entre une défense effective du suspect et les contraintes matérielles, sans pour autant remettre en question le délai de garde à vue de vingt-quatre heures auquel on ne peut qu'être attaché, pas plus d'ailleurs que le caractère inquisitoire de l'information.

L'on observera que, dans ce contexte, le rôle du juge du fond – voire des juridictions d'instruction – sera de plus en plus important dans l'appréciation du respect effectif des droits de défense.

En ce qui concerne les auditions postérieures à la publication de l'arrêt au *Moniteur*, il devra vérifier si, dans les faits, il eût été nécessaire que l'avocat reçoive personnellement les informations utiles à propos des faits reprochés à son client lorsque cela n'a pas été le cas ; dans l'affirmative, il devra, le cas échéant, conclure à une violation des droits de la défense si l'avocat n'a pu exercer à suffisance sa mission. Pareille violation ne semble cependant pas emporter de sanction automatique<sup>12</sup>. L'on peut hésiter quant à aux conséquences de pareille violation, mais, à l'analyser de près, ne faut-il pas considérer qu'elle équivaut à une absence de concertation confidentielle ? Peut-on, en effet, parler de concertation entre le suspect et son avocat en vue de préparer l'audition si celui-ci n'est pas correctement informé des faits reprochés à son client ? La sanction de l'article 47bis, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle excluant toute prise en compte des preuves recueillies dans ces conditions devrait donc pouvoir s'appliquer<sup>13</sup>.

Pour ce qui est des auditions antérieures à la publication de l'arrêt au *Moniteur*, le juge devra considérer que, *a priori*, il ne résulte aucune violation des droits de la défense du fait que l'avocat n'avait pas été informé des faits reprochés à son client.

## 2. La durée de la concertation confidentielle

Les requérants se plaignaient du caractère trop bref du temps de concertation confidentielle du suspect avec l'avocat en ce qu'il est limité à trente minutes.

Ici encore, la Cour considère que, compte tenu de la volonté de maintenir la privation de liberté dans la limite des vingt-quatre heures, une concertation confidentielle de trente minutes ne paraît pas exagérément courte. Toutefois, faisant à nouveau preuve de réalisme, elle admet qu'une concertation de trente minutes peut être insuffisante lorsque, par exemple, l'avocat et son client ne parlent pas la même langue. Elle en déduit que cette disposition doit être interprétée comme permettant une concertation plus longue, tout en étant limitée au regard des exigences de l'enquête, si le respect de l'article 6 de la Convention européenne l'exige au vu des circonstances concrètes.

L'on observera que l'hypothèse de la nécessité d'un interprète est évoquée à titre exemplatif, mais que d'autres situations peuvent justifier pareil allongement du temps de concertation ; l'on pourrait par exemple penser à des problèmes de santé rendant la communication particulièrement difficile.

Cette interprétation de l'article 2bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi relative à la détention préventive risque de compliquer d'autant la tâche des policiers et magistrats qui devront apprécier la nécessité d'un éventuel allongement de délai et la

12. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 47bis du code d'instruction criminelle consacrant le droit à l'information relativement aux faits sur lesquels le suspect va être entendu n'est en effet pas visé par la sanction de l'article 47bis, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle.

13. Il n'y a dès lors pas lieu à recourir au test *Antigone* comme on le fera en cas de concertation confidentielle d'une durée insuffisante.

durée de celui-ci, le tout sous le contrôle *a posteriori* des juridictions d'instruction et de fond.

Si celles-ci en arrivaient à la conclusion que, compte tenu des circonstances concrètes, le temps de concertation confidentielle du suspect, limité à trente minute, a été trop bref et a violé les droits de la défense, la preuve ainsi recueillie serait irrégulière ; elles devront en conséquence apprécier cette irrégularité à l'aune du test *Antigone*, dès lors qu'il ne peut être soutenu que le caractère trop bref de la concertation équivaut à une absence de concertation, et l'écarter si elle met en péril le caractère équitable du procès dans son ensemble.

### C. Les ouvertures

Comme elle l'avait déjà fait dans d'autres arrêts, la Cour ouvre des portes en précisant expressément qu'une interprétation nuancée des dispositions concernées n'est pas exclue ; il en est ainsi de l'impossibilité pour l'avocat d'assister son client lors des auditions postérieures au décernement d'un mandat d'arrêt, du rôle de l'avocat lors de l'audition préalable à décernement d'un mandat d'arrêt, de l'assistance de l'avocat lors des confrontations et de la possibilité de renoncer à la concertation confidentielle ou à l'assistance de l'avocat.

#### 1. L'assistance de l'avocat lors des auditions postérieures au mandat d'arrêt

Le législateur a décidé de limiter la possibilité pour un inculpé d'être assisté par un avocat aux auditions précédant le décernement d'un mandat d'arrêt ; dès que l'inculpé se trouve sous les liens du mandat d'arrêt, l'avocat rentre dans son rôle traditionnel : il peut s'entretenir avec son client, sans possibilité de mise au secret à son égard ; il l'assiste périodiquement en chambre du conseil et a accès au dossier. La Cour considère que, de cette manière, les droits de la défense sont garantis à suffisance. Toutefois, elle n'exclut pas la possibilité pour le juge d'instruction d'autoriser l'avocat à assister aux interrogatoires ultérieurs, à sa demande ou à celle de l'inculpé, sauf si, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, il existe des raisons impérieuses de ne pas faire droit à cette demande.

Nous savons que la Cour constitutionnelle a avalisé le caractère inquisitoire de la phase préliminaire du procès au regard d'impératifs touchant à la présomption d'innocence et à l'efficacité à assurer aux devoirs entrepris par les autorités judiciaires<sup>14</sup>. Ce caractère est toutefois susceptible d'être tempéré si la mesure qui s'en revendique n'est pas dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec les objectifs qu'elle poursuit ou heurte l'équité du procès. L'arrêt commenté constitue une nouvelle illustration de la volonté de la Cour de conférer au plus tôt, dès lors qu'il est justifié par des impératifs d'équité du procès, un caractère contradictoire à certaines facettes de la procédure pénale préliminaire<sup>15</sup>.

Reconnaître un caractère plus contradictoire à un acte d'instruction est toutefois laissé à l'entière appréciation du juge d'instruction. Il n'en reste pas moins que la porte qu'entrouvre la Cour a l'avantage que ni les juridictions d'instruction, ni le juge du fond, ni la Cour de cassation ne pourraient qualifier une audition ainsi réalisée en présence de l'avocat d'irrégulière en raison d'une violation du secret de l'instruction.

14. Voy. par exemple C.A., 18 avril 2001, n° 53/2001 ; voy. aussi R. TACHEAU, « Le secret de l'instruction et le devoir d'informer », *Rev. dr. pén.*, 1996, pp. 165-176.

15. Voy. par exemple, en matière d'expertise, C.A., 13 janvier 1999, n° 1/99, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 720, qui estime que l'expertise non contradictoire ordonnée par le juge d'instruction ne viole pas la Constitution, restant sauf pour celui-ci d'ordonner une expertise contradictoire.

## 2. Le rôle de l'avocat au cours des auditions

On sait que le barreau était très déçu du rôle minimaliste qui lui était conféré par le législateur, déception renforcée par le climat de méfiance à son égard qui se dégageait des travaux préparatoires. L'on se rappellera de « l'avocat potiche »<sup>16</sup>.

La Cour constitutionnelle appréhende manifestement le rôle de l'avocat de manière beaucoup plus positive en rappelant toutes les possibilités d'action qui lui sont offertes, même si elle en admet les limites ; elle considère en conséquence qu'il est outillé pour veiller au respect des droits fondamentaux de son client lors des auditions en garde à vue.

En ce qui concerne l'audition par le juge d'instruction en vue de décernement d'un mandat d'arrêt, l'article 16, paragraphe 2, de la loi relative à la détention préventive prévoit que l'inculpé est entendu en ses observations (à défaut, il est mis en liberté) ; il a le droit d'être assisté de son avocat, le texte précisant simplement que celui-ci a le droit de faire acter au procès-verbal les violations des droits de son client. La Cour précise à cet égard que, pour rencontrer le vœu du ministre que la présence de l'avocat « privilégie la transparence et encourage le recours aux mesures alternatives à la détention préventive »<sup>17</sup>, il s'impose que l'avocat puisse exprimer ses remarques et suggestions à ce sujet. L'on voit dès lors le rôle plus actif de l'avocat – reconnu par beaucoup de juges d'instruction – formellement consacré.

Qu'en serait-il si le juge d'instruction refusait d'entendre les observations de l'avocat quant au décernement d'un mandat d'arrêt ou à ses alternatives potentielles ? La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'absence d'avocat aux côtés du suspect lors de son audition n'emporte pas violation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>18</sup>. La Cour de cassation va dans le même sens<sup>19</sup> et la Cour constitutionnelle emboîte le pas. Il est dès lors à craindre que pareille carence reste sans sanction, ce d'autant plus que la Cour européenne, sauf si les circonstances de la cause permettent de déceler un vice qui peut s'analyser en une « irrégularité grave et manifeste », estime *prima facie* que la détention est conforme aux « voies légales » et « régulière » au sens de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention quand bien même une condition de forme n'a pas été respectée ; il est en outre fort à craindre que la Cour constitutionnelle ne se prononce jamais sur les conséquences de l'absence d'avocat au moment de la délivrance du mandat d'arrêt dès lors que la matière de la détention préventive s'accorde mal avec le contentieux préjudiciel soumis à la Cour.

## 3. L'assistance de l'avocat lors des confrontations

Il était reproché au nouvel article 2bis, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive de limiter le droit à l'assistance d'un avocat aux seuls interrogatoires subis par le suspect avant la délivrance éventuelle du mandat d'arrêt.

16. *Doc. parl.*, Sén., sess. 2010-2011, n° 5-663/1, p. 24 qui utilise l'expression d'avocat potiche, reprise par S. BERBUTO et E. BERTHE, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz ! », *Actualités de droit pénal*, Anthemis, Formation permanente CUP, vol. 128, 2011, p. 143 ; O. MICHELIS et P. MONVILLE recourent à l'expression « chien de garde du droit » (« Salduz entre présent et futur », *Actualités de droit pénal*, Anthemis, Formation permanente CUP, vol. 128, p. 91) ; R. BOONE et E. CALLUY parlent de « bloempotfunctie » (« Het nieuwe verhoren : evaluatie na een maand Salduz », *Juristenkrant*, 2012, p. 9) ; P. TERSAGO mentionne le « bloempot » (« Enkele beschouwingen bij de Salduz-wet », *Juristenkrant*, 2011, p. 13).

17. *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, Doc. 53-1279/005, p. 23.

18. Cour eur. D.H., *Simons c. Belgique*, 28 août 2012, cette revue, 2013, p. 251, et note O. MICHELIS, pp. 465-471.

19. Voy. par exemple Cass., 5 mai 2010, P.10.0744.F ; *adde* Cass. 23 janvier 2013, P.13.0056.F qui considère l'absence d'avocat aux côtés d'un inculpé entendu par le juge d'instruction avant décernement de mandat d'arrêt comme un cas de force majeure, le mandat d'arrêt étant en conséquence régulier.

Il n'est pas inutile de rappeler que, dans son avis, la section de législation du Conseil d'État n'avait pas manqué de souligner que la Cour européenne a décidé que si un inculpé (détenu) ne peut être assisté d'un avocat lors des actes de procédure qui supposent sa collaboration active, comme une descente sur les lieux avec reconstitution des faits, le droit à un procès équitable peut être compromis<sup>20</sup>.

Cet avis donna lieu à une modification de l'article 62 du code d'instruction criminelle qui prévoit désormais la présence de l'avocat lorsqu'une descente sur les lieux est organisée par le juge d'instruction en vue d'une reconstitution des faits. Fallait-il encore prévoir une extension du droit à la présence d'un avocat à d'autres actes posés par le juge d'instruction ? On doit à l'honnêteté de reconnaître que l'on ne voit pas bien à quels autres actes d'instruction il était fait référence. Ce constat nous paraît également avoir été celui de la Cour constitutionnelle.

En effet, la Cour relève que, durant la période de privation de liberté, qui est en principe de vingt-quatre heures, les seuls actes d'instruction envisageables requérant la collaboration active du suspect sont, outre une éventuelle reconstitution des faits<sup>21</sup>, les auditions de celui-ci. Elle ajoute que ces auditions peuvent prendre la forme d'une confrontation avec des témoins, des victimes ou d'autres suspects ou inculpés. Ce faisant, la Cour affirme que la confrontation n'étant qu'une forme particulière d'audition, l'assistance de l'avocat est de rigueur.

#### 4. La renonciation

L'article 47bis, paragraphe 2, alinéa 3, du code d'instruction criminelle et l'article 2bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 5, et paragraphe 2, alinéa 6, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive autorisent la renonciation au droit à la concertation préalable avec un avocat ainsi qu'au droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'audition.

Dès l'instant où il s'impose qu'elle soit effectuée de manière volontaire et réfléchie, cette renonciation s'accompagne de certaines garanties que la Cour estime suffisantes.

La Cour constitutionnelle ne s'arrête cependant pas là. Elle renforce encore ces garanties en avalisant la circulaire du collège des procureurs généraux qui précise que « si la police constate que la personne majeure à auditionner est une personne faible ou vulnérable (par exemple en raison d'un dérangement mental), les règles relatives aux mineurs d'âge seront appliquées ».

Il nous paraît que cette lecture s'imposera aux juridictions compétentes qui pourraient, dans les cas visés par la circulaire, passer outre une renonciation et en tirer les conséquences en appliquant l'article 47bis, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle.

### D. Quelques moyens rejetés

#### 1. La notion d'audition

À la suite de l'avis de la section de législation du Conseil d'État, le débat parlementaire s'est focalisé notamment sur la notion d'audition. En effet, pour le Conseil d'État, en raison des effets juridiques que la future loi attachait à l'audition, il convenait de définir cette notion<sup>22</sup>.

20. *Doc. parl.*, Ch., session 2010-2011, n° 53-1279/2, p. 24 ; le Conseil d'État cite notamment Cour eur. D.H., *Karadag c. Turquie*, 29 juin 2010.

21. Nous rappellerons à ce propos que la Cour a retenu qu'il appartient au juge compétent, s'il constate que la prise en considération des éléments de preuve recueillis lors d'une reconstitution des faits menée en violation du droit du suspect à être assisté par son avocat porte atteinte au droit du prévenu à un procès équitable, de ne pas les retenir pour fonder une éventuelle condamnation.

22. *Doc. parl.*, Ch., session 2010-2011, n° 53-1279/2, pp. 10 à 14 ; voy. aussi Cour eur. D.H., 18 février 2010, *Zaichenko c. Russie*.

Dans un premier temps, le législateur entreprit de s'atteler à cette tâche. Un amendement déposé en ce sens proposait de définir l'audition comme « un interrogatoire guidé concernant des infractions qui peuvent être mises à charge, par une personne habilitée à cet effet et acté dans un procès-verbal, dans le cadre d'une information ou d'une instruction judiciaires, dans le but d'établir la vérité »<sup>23</sup>. Toutefois, face à l'ampleur du chantier, les parlementaires en arrivèrent rapidement à la conclusion que le texte à l'examen suscitait de trop nombreuses questions et qu'il requerrait un débat plus approfondi<sup>24</sup>. Ils ne manquèrent cependant pas d'ajouter que leurs travaux devraient servir de fil conducteur pour l'interprétation de la nouvelle loi<sup>25</sup>. Sur ce dernier point, il est indéniable que les élus du peuple ont été entendus par la Cour constitutionnelle. En effet, dans l'arrêt commenté, la Cour estime que les discussions parlementaires sont suffisamment claires et précises pour cerner la notion d'audition et pour déterminer dans quels types de situations les droits accordés par la loi *Saldus* doivent s'appliquer.

En d'autres termes, c'est aux juridictions d'instruction et de fond qu'il appartiendra de déterminer, en fonction des cas d'espèce, si l'acte posé par une autorité revêt ou non la qualité d'audition. Il leur reviendra encore, si les formalités prévues par la loi *Saldus* n'ont pas été respectées, de tirer les conséquences qui s'imposent au regard du respect des droits de la défense et de l'équité de la procédure. Pour ce faire, les juges et, en première ligne, les magistrats du parquet, s'inspireront utilement des travaux parlementaires<sup>26</sup>. L'on aperçoit tout de suite, dans ce contexte, l'importance de la circulaire du Collège des procureurs généraux qui s'attache à préciser au mieux la notion d'audition<sup>27</sup>.

En n'exigeant pas de définition plus précise de la notion d'audition, c'est le principe de légalité qui est mis en cause. Observons que sa violation était encore alléguée par les requérants à propos de l'usage des concepts de « suspect » et de « personne privée de sa liberté » et de souligner qu'ils dépendent du pouvoir d'appréciation des enquêteurs, avec pour corollaire un risque non négligeable d'erreur.

Comme on l'a relevé, la Cour constitutionnelle admet que le législateur ne définisse pas les concepts utilisés dans la loi et se contente d'en ébaucher les contours dans les travaux parlementaires, même s'ils sont déterminants pour son application ; à son estime, le principe de légalité est ainsi rencontré, et cela même lorsque la définition de la notion s'avère, de l'aveu même des auteurs de la loi, trop complexe.

Ce faisant, la démarche suivie par la Cour ne consiste-t-elle pas à étendre aux poursuites la jurisprudence qu'elle a développée à propos de la légalité des incriminations ? L'arrêt oblige à s'interroger sur le pouvoir abandonné aux juges d'interpréter certaines règles qui encadrent les poursuites.

Rappelons que le principe de légalité présente une double facette : la première consiste à attribuer au pouvoir législatif la compétence de déterminer dans quels cas et dans quelle forme des poursuites pénales sont possibles ; la seconde confère à ce même pouvoir législatif le soin d'adopter une loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée tout en garantissant à tout citoyen qu'aucun

23. *Doc. parl.*, Ch., session 2010-2011, n° 53-1279/5, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, pp. 50-55.

24. *Doc. parl.*, Ch., session 2010-2011, n° 53-1279/5, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, pp. 55-56.

25. *Doc. parl.*, Ch., session 2010-2011, n° 53-1279/5, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, p. 56.

26. P. MONVILLE et O. MICHIELS, « *Saldus* : entre présent et futur... », *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, Anthemis, vol. 128, 2011, pp. 64-65.

27. COL. 8/2011 relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat à partir de la première audition dans le cadre de la procédure pénale belge du 23 septembre 2011, pp. 6 et s.

comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée que sur la base de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue<sup>28</sup>.

Le principe de légalité en matière pénale ne va cependant pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination. Autrement dit, il est exigé du législateur qu'il indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation, restant acquis que celui-ci dispose néanmoins d'un certain pouvoir d'appréciation. Il faut en effet tenir compte du caractère général des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment<sup>29</sup>.

Cette jurisprudence ne va pas sans rappeler celle de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 7 de la Convention qui consacre notamment le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie. Il découle de l'objet et du but de l'article 7 de la Convention qu'il doit être interprété et appliqué de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires<sup>30</sup>.

En raison de la confiance que la Cour européenne place dans les juges nationaux, elle retient qu'aussi clair que puisse être le libellé d'une disposition légale, dans quelque système juridique que ce soit, y compris en droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider des points douteux et s'adapter à des changements de situation. En effet, il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal<sup>31</sup>.

Par analogie avec les principes dégagés à propos de la légalité des incriminations, faudra-t-il en conclure que la jurisprudence, encadrée par la volonté exprimée par le législateur dans ses travaux préparatoires, pourra, *a posteriori*, déterminer les règles de poursuite qui s'imposent aux différents acteurs qui interviennent lors de la phase préliminaire du procès pénal ? L'on peut en douter si l'on se souvient de la mésaventure de la Belgique avec le procès *Coëme*, la Cour européenne ayant sanctionné le manque de prévisibilité des règles de procédure<sup>32</sup>.

28. Voy. notamment C.C., 27 mai 2010, n° 62/2010 ; C.C., 25 février 2010, n° 17/2010 ; C.C., 11 mars 2009, n° 39/2009 ; C.C., 10 juillet 2008, n° 102/2008 ; C.A., 21 décembre 2005, n° 199/2005 ; voy. aussi, A. JACOBS, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Strafrecht als roeping, Liber amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, 2005, pp. 821-845 ; A. DE NAUW, « Nieuwe wendingen inzake het *lex certa* beginsel », *Strafrecht als roeping, Liber amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, 2005, pp. 757-773 ; M. NIHOUL, « À propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », *J.T.*, 2004, pp. 2-6, et les nombreuses références doctrinales citées notamment à la note subpaginale n° 4.

29. La Cour rappelle qu'il appartient au législateur de définir la politique pénale et qu'elle ne peut sanctionner une réglementation que lorsque celle-ci opère une distinction dénuée de justification raisonnable (voy. par exemple C.A., 10 novembre 1999, n° 116/1999).

30. Cour eur. D.H., *Scapolia c. Italie* (n° 2), 17 septembre 2009 ; Cour eur. D.H., *Kafkaris c. Chypre*, 12 février 2008.

31. Voy. par exemple Cour eur. D.H., *Korbely c. Hongrie*, 19 septembre 2008 ; Cour eur. D.H., *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010 ; Cour eur. D.H., *Jorgic c. Allemagne*, 12 juillet 2007 ; Cour eur. D.H., *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001 ; Cour eur. D.H., *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996.

32. Cour eur. D.H., *Coëme et a. c. Belgique*, 22 juin 2000.

## 2. Le critère de la privation de liberté

On le sait déjà, le législateur a retenu le critère de la privation de liberté pour l'octroi du droit à être assisté par un avocat au cours de l'audition par les services de police, le procureur du Roi ou le juge d'instruction.

Les requérants alléguaient que ce critère était contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et qu'il créait une discrimination entre les justiciables dans la jouissance du droit à un procès équitable<sup>33</sup>. Ces moyens n'ont pas convaincu la Cour constitutionnelle.

En effet, la Cour, après avoir rappelé les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le sujet, estime que le risque de porter atteinte aux droits de la défense de la personne entendue et, singulièrement, à son droit à garder le silence et à ne pas être contrainte de s'auto-incriminer est d'autant plus grand que la personne concernée se trouve dans une position particulièrement vulnérable face à l'autorité. Cette vulnérabilité se déduit des circonstances qui entourent l'audition ou de la complexité de la procédure<sup>34</sup>. Elle ajoute que la privation de liberté est un élément de nature à augmenter la vulnérabilité de la personne auditionnée.

La Cour en conclut que ce critère, par rapport à l'objectif légitime de protéger les personnes les plus vulnérables, est, d'une part, pertinent et, d'autre part, clair et prévisible.

La haute juridiction indique par ailleurs que, s'il est vrai que la privation de liberté est décidée par l'autorité policière ou judiciaire, il n'en découle pas pour autant que ce critère serait subjectif ou que l'autorité aurait le loisir de reporter le moment de la privation de liberté dans le seul but de priver la personne entendue du droit à l'assistance d'un avocat durant l'audition. En effet, un tel comportement constituerait en lui-même une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le juge compétent devrait le constater<sup>35</sup>. L'exigence de loyauté dans le procès pénal est ainsi clairement élevée au rang de condition d'un procès équitable, principe qui pourrait trouver à s'appliquer dans bien d'autres situations.

La Cour note encore que l'absence d'avocat durant les auditions du suspect non privé de liberté est adéquatement compensée par les garanties prévues par la loi qui, comme nous venons de le voir, ont encore été renforcées dès lors que le suspect doit être avisé de son droit de quitter les lieux où il est interrogé.

On ne peut manquer de voir dans cette motivation l'influence certaine de la Cour européenne des droits de l'homme qui retient que, dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une preuve pour permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci<sup>36</sup>.

33. 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. 13-20 ; comparez O. MICHELIS et A. JACOBS, « Les implications récentes de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves – La jurisprudence *Salduz* et l'arrêt *Gäfgen* », *J.T.*, 2011, pp. 154-155.

34. La Cour constitutionnelle cite Cour eur. D.H., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, dans lequel on peut lire qu'un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves ; pour les circonstances qui entourent l'audition, la Cour cite Cour eur. D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009 ; Cour eur. D.H., *Zaichenko c. Russie*, 18 février 2010 ; Cour eur. D.H., *Brusco c. France*, 14 octobre 2010 ; Cour eur. D.H., *Stojkovic c. France et Belgique*, 27 octobre 2011 ; Cour eur. D. H., *Smolik c. Ukraine*, 19 janvier 2012.

35. La Cour renvoie à Cour eur. D.H., *Lazarenko c. Ukraine*, 28 octobre 2010, paragraphe 54 (B.29.1).

36. Voy. par exemple, Cour eur. D.H., *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996 ; Cour eur. D.H., *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000 ; Cour eur. D.H., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008 ; Cour eur. D.H., *Al Khaet Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011.

### 3. La répartition des droits selon la situation de la personne entendue

Pour rappel, le nouvel article 47bis, paragraphe 2, du code d'instruction criminelle énumère les droits qui doivent être communiqués à toute personne entendue sur des infractions qui peuvent lui être imputées qu'elle soit ou non en état d'arrestation. Plus précisément, ce texte distingue trois cas de figure. Le premier vise la personne entendue en quelque qualité que ce soit ; le deuxième envisage la personne entendue comme suspect et le troisième s'applique à la personne entendue alors qu'elle est privée de liberté<sup>37</sup>. Selon que la personne auditionnée entre dans l'une ou l'autre de ces catégories, elle se verra conférer des droits plus ou moins étendus. Les critiques émises à propos de cette distinction n'ont pas trouvé d'écho favorable auprès de la Cour constitutionnelle.

En effet, pour la Cour, les notions utilisées par le législateur sont suffisamment claires et prévisibles pour permettre aux justiciables et aux autorités de déterminer les droits qui doivent être garantis dans chaque situation. La Cour ajoute que le législateur a paré aux difficultés inhérentes à l'évolution du statut de la personne entendue en adoptant les mesures dont le but est de garantir les droits de la défense des personnes qui acquièrent la qualité de suspect en cours d'enquête ou en cours d'audition<sup>38</sup>. Enfin, la Cour rappelle qu'il reviendra aux juges compétents de tirer les conséquences, sur le plan du respect du droit à un procès équitable, d'une erreur d'appréciation portant sur le rôle à conférer au prévenu.

### 4. La concertation confidentielle au profit du suspect non privé de liberté limitée aux faits permettant le décernement d'un mandat d'arrêt

L'article 47bis, paragraphe 2, 3°, du code d'instruction criminelle prévoit que toute personne qui n'a pas été privée de liberté bénéficie du droit de se concerter avec un avocat pour autant que l'infraction qui lui est reprochée puisse donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt. En revanche, ce même suspect ne dispose pas du droit d'être assisté par un avocat au cours de son audition.

Le seuil de gravité des faits reprochés au suspect, qui ouvre la porte à des droits plus étendus, fixé par référence à la délivrance d'un mandat d'arrêt, a été avalisé par la Cour constitutionnelle.

Pour la Cour, outre l'existence de raisons d'efficacité et de praticabilité « du système *Salduz* », il ne paraît pas déraisonnable d'établir une certaine gradation dans l'octroi du droit à l'accès à un avocat au regard de la gravité des infractions qui peuvent être imputées à la personne auditionnée et de l'importance de la peine qu'elles emportent<sup>39</sup>. Ce constat est renforcé, aux yeux de la Cour, par l'obligation faite aux enquêteurs de rappeler les droits fondamentaux de la défense et de remettre une déclaration écrite de ceux-ci au suspect avant le début de l'audition. Ce suspect peut, dès lors, en pleine connaissance de cause interrompre l'audition en vue, notamment, de consulter un avocat. Par ailleurs, en ce qui concerne les difficultés pratiques inhérentes à la qualification des faits reprochés au suspect et donc tout particulièrement de la peine qu'ils entraînent, la Cour surmonte la difficulté en affirmant que les personnes qui procèdent aux auditions visées par la loi attaquée, si elles ne sont pas toutes juristes, sont en tout cas des professionnels qui ont été formés à cette fin. Par conséquent, en cas d'incertitude sur la qualification des faits

37. P. MONVILLE et O. Michiels, « *Salduz* : entre présent et futur... », *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, Anthemis, vol. 128, 2011, p. 67.

38. Voy. à ce propos la circulaire du Collège des procureurs généraux 8/2011 du 23 septembre 2011, pp. 39-42.

39. La Cour cite Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäffgen c. Allemagne*, et Cour eur. D.H., *Lazarenko c. Ukraine*, 28 octobre 2010.

au sujet desquels elles doivent interroger un suspect, il leur revient d'en référer au magistrat en charge du dossier ou au magistrat de garde. En outre, s'appuyant cette fois sur la circulaire du n° 8/2011 du 23 septembre 2011 du Collège des procureurs généraux, la Cour constate qu'en cas de doute, il est indiqué d'opter pour la procédure la plus sévère avant de procéder au premier interrogatoire dans l'hypothèse où l'arrestation de la personne à auditionner semble possible. L'on observera à cette occasion l'importance que la Cour constitutionnelle attache à la circulaire du collège des procureurs généraux, ce qui peut se comprendre – en dépit de son statut normatif incertain – puisqu'elle lie les membres tant des services de police que du parquet.

Enfin, la Cour relève une dernière garantie que le suspect trouvera dans la sanction qu'infligera le juge compétent si ce dernier devait constater une erreur de qualification initiale. Il reviendra, en effet, aux juridictions d'instruction ou de fond de tirer les conséquences de cette erreur en n'ayant pas égard à l'audition litigieuse qui a été obtenue en violation du droit à un procès équitable pas plus qu'aux autres preuves qui en découlent.

### 5. L'aide juridique

L'aide juridique constitue de toute évidence la condition d'effectivité de la « loi Salduz »<sup>40</sup> : il est inutile de consacrer le droit à l'assistance d'un avocat si les justiciables impécunieux ne peuvent bénéficier d'une prise en charge totale ou partielle par l'État des honoraires d'avocat. Or, le législateur, pour des raisons budgétaires évidentes, n'a pas retenu le système de présomption d'indigence au bénéfice du suspect entendu avant le décernement d'un mandat d'arrêt comme il l'a fait pour l'inculpé détenu<sup>41</sup>.

Les enjeux de cette question sont manifestement bien présents à l'esprit de la Cour constitutionnelle qui entend les doléances des avocats lorsqu'elle relève que les difficultés d'application pratique de la loi, notamment en ce qui concerne la rémunération des avocats, échappent à son contrôle. Il n'en reste pas moins qu'elle légitime le système mis en place en considérant que la situation du suspect avant inculpation n'est pas comparable à celle de l'inculpé en détention préventive, parfois pour une longue durée. Le législateur était donc autorisé à ne pas présumer qu'un suspect privé de liberté pendant vingt-quatre, ou au pire, quarante-huit heures dispose de revenus insuffisants pour se faire assister d'un avocat ; pareille privation de liberté ne met pas la personne dans une situation de détresse telle qu'elle ne peut, une fois qu'elle a recouvré la liberté, rémunérer un avocat ou produire les documents utiles pour pouvoir bénéficier de l'aide juridique, d'autant qu'elle est dûment informée de ses droits.

Pour le surplus, la Cour ne manque pas de souligner que l'article 508/14 du code judiciaire est d'application : en raison de l'urgence, si le suspect ne dispose pas des pièces probantes au moment de sa demande d'aide juridique, celle-ci peut lui être accordée provisoirement tandis que le bureau d'aide juridique fixera un délai (d'un mois maximum) dans lequel les documents devront être produits, l'intervention de l'avocat étant couverte pendant ce délai<sup>42</sup>. Si cette simple référence à l'article 508/14 du code judiciaire ne crée pas la présomption d'indigence souhaitée par le barreau, elle présente toutefois l'avantage de rassurer les avocats quant à la prise en charge de leurs premières prestations et ainsi de donner un peu plus d'effectivité aux droits reconnus au suspect.

40. A. GILLAIN, P. HUET, « La loi Salduz et l'aide juridique », *Le pli juridique*, 2012, pp. 5-6.

41. *Doc. parl.*, Ch., session 2010-2011, n° 53-1279/5, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, p. 47 ; P. MONVILLE et O. MICHEL, « Salduz : entre présent et futur... », *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, Anthemis, vol. 128, 2011, pp 86-87.

42. O.B.F.G., *L'aide juridique au quotidien*. Memorandum sur l'aide juridique, septembre 2011, pp. 14, 23 et 32.

## Conclusions

L'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle qui, comme nous l'avons déjà dit, s'inspire immédiatement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a le mérite d'être équilibré et de rendre le « système *Salduz* » plus conforme aux standards européens. Il ne mettra sans nul doute pas fin à toute polémique. Des questions restent ouvertes : peuvent notamment être évoquées l'interprétation de la notion d'audition, les sanctions que pourront retenir les juridictions d'instruction et de fond en dehors de l'exclusion complète de la preuve visée par l'article 47*bis*, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle, la communication du dossier au regard de la directive du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales<sup>50</sup>, le rôle de l'avocat si la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation est un jour adoptée...

La question de la sanction de la violation de certains droits de la personne entendue pourrait bien hanter la pratique judiciaire de ces prochaines années. En effet, la Cour constitutionnelle ne manque pas de rappeler à l'envi que la mise en œuvre des droits consacrés par la loi *Salduz* et les modalités retenues par les enquêteurs et le parquet seront soumises au contrôle du juge du fond à qui il appartiendra soit d'appliquer la sanction de l'article 47*bis*, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle, soit de vérifier l'équité du procès. S'il va de soi que le juge du fond contrôle la régularité de la procédure, il n'en reste pas moins que son rôle ne cesse de croître à l'égard de la phase préliminaire du procès. Il faut toutefois souligner que la charge ainsi dévolue au juge du fond incombe aussi aux juridictions d'instruction et qu'il est indispensable qu'elles l'assument ; même si la purge des nullités voulue par le « petit Franchimont » fut une utopie, il n'est pas sain d'attendre le jugement au fond pour écarter des preuves irrégulières ou prononcer une irrecevabilité des poursuites en raison de graves violations des droits de la défense. Ceci n'empêchera toutefois pas que se multiplient les débats devant le juge du fond sur l'exclusion ou non de telle preuve ou la possibilité de prendre telle ou telle autre preuve en considération au motif qu'elle a été recueillie indépendamment de toute irrégularité.

Il reste un domaine qui nous laisse sur notre fin : il semble en effet de plus en plus clair que, dans la foulée de la décision *Simons* contre Belgique de la Cour européenne du 28 août 2012, la privation d'un « droit *Salduz* » au détriment de la personne en garde à vue est sans répercussion sur la validité du mandat d'arrêt. Ce qui peut faire obstacle à la tenue d'un procès équitable ne fait donc pas obstacle au décernement d'un mandat d'arrêt ...

Ann JACOBS  
Professeur de droit pénal  
et de procédure pénale  
à l'Université de Liège

Olivier MICHIELS  
Maître de conférences  
en droit pénal et procédure pénale  
à l'Université de Liège  
Conseiller à la cour d'appel de Liège

43. J.O., 16 janvier 2012, L 142. Les États mettent en vigueur les dispositions nécessaires pour la transposition de la directive au plus tard le 2 juin 2014.