

La question des nullités, Salduz et mandat d'arrêt

Pierre MONVILLE

*Avocat au barreau de Bruxelles
Assistent à l'ULG*

et

Damien HOLZAPFEL

*Avocat au barreau de Bruxelles
Assistent à l'ULB*

Introduction

1. Le 27 novembre 2008, dans une affaire opposant Monsieur Yusuf Salduz à l'État turc, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu, en grande chambre, un arrêt désormais célèbre¹.
2. Elle a énoncé à cette occasion que le droit à l'assistance d'un avocat prévu par l'article 6, § 3, c., de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique qu'une personne accusée d'une infraction puisse, en règle, être assistée d'un avocat dès son premier interrogatoire par la police².

¹ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* (Grande Chambre).

² La Cour a justifié ce droit par « l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès [...] » et par le fait qu'un « accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure, 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. 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 [...] ». 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 [...]. Toute exception à la jouissance de ce droit doit être clairement circonscrite et son

3. Cet arrêt, et ceux qui ont suivi dans la même lignée³, ont précisé l'étendue de ce droit et les modalités de son exercice pour satisfaire au prescrit de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

4. Le droit belge ne prévoyant pas à l'époque la possibilité pour une personne d'être assistée d'un avocat lors de ses auditions par les autorités policières ou judiciaires, il est vite apparu qu'une évolution devrait intervenir à cet égard, afin de se conformer aux exigences résultant de cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

5. Dans un premier temps, la Cour de cassation a été amenée à composer, avec plus ou moins de réticences⁴, avec cette jurisprudence européenne avant que le législateur n'intervienne pour adapter notre procédure pénale aux exi-

application strictement limitée dans le temps. Ces principes revêtent une importance particulière dans les cas des infractions les plus graves, car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques. » (C.E.D.H., 27 novembre 2008, *Saldutz c. Turquie*, § 54)

³ Voy. notamment C.E.D.H., arrêts 11 décembre 2008, *Ponovits c. Chypre* (1^{re} section); 31 mars 2009, *Phonka c. Pologne* (4^e section); 14 avril 2009, *Diabane c. Turquie* (2^e section); 21 avril 2009, *Soykan c. Turquie* (3^e section); 24 septembre 2009, *Piskhalnikov c. Russie* (1^{re} section); 13 octobre 2009, *Doyanov c. Turquie* (2^e section); 19 novembre 2009, *Kolesnik c. Ukraine* (5^e section); 15 juin 2011, *Begu c. Roumanie* (3^e section); 27 octobre 2011, *Stojkovic c. France* (5^e section); 24 juillet 2012, *Starca c. Roumanie* (3^e section).

⁴ Voy. notamment Cass., 22 juin 2010, T. Straff., 2010, p. 216: « [...] l'article 6.3.c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le droit pour tout accusé d'être défendu par un avocat, ne précise pas les conditions d'exercice de ce droit. Il laisse aux États contractants le choix des moyens permettant à leur propre système judiciaire de le garantir afin de satisfaire aux conditions d'un traitement équitable de la cause. Les articles 1^{er}, 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 l'inculpé dès qu'il est privé de liberté. Il ne ressort pas de l'article 6.3.c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la Cour puisse se substituer au législateur en prenant elle-même cette mesure et en déterminant les conditions de l'intervention d'un avocat. La lacune est, en effet, de nature à requérir un règlement de la procédure totalement nouveau. Contrairement à ce qu'invoque le demandeur, ladite restriction légale ne donne toutefois pas automatiquement lieu à une violation définitive du droit à un procès équitable. La loi prévoit, en effet, un ensemble de conditions qui garantissent à l'inculpé un déroulement équitable du procès, telles que: les formalités imposées pour l'audition de l'inculpé par l'article 47bis du Code d'instruction criminelle, la privation de liberté limitée dans tous les cas à vingt-quatre heures par l'article 12, alinéa 3, de la Constitution, la remise immédiate, au moment de la signification du mandat d'arrêt, de toutes les pièces visées aux articles 16, § 7, et 18, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, le droit de l'inculpé de communiquer librement avec son avocat conformément à l'article 20, § 1^{er} et 5, de la loi du 20 juillet 1990, l'accès au dossier avant la comparution devant la juridiction d'instruction, tel qu'il est organisé par l'article 21, § 3, de la loi du 20 juillet 1990, la présence du conseil de l'inculpé lors de l'interrogatoire récapitulatif prévu à l'article 22, alinéa 3, de la loi du 20 juillet 1990, ainsi que les droits accordés à l'inculpé par les articles 61ter, 61quater, 61quinquies, 136 et 235bis du Code d'instruction criminelle. Cet ensemble de garanties empêche que l'absence d'un conseil au cours des premières vingt-quatre heures de privation de liberté puisse compromettre définitivement tout traitement équitable de la cause [...] »; voy. également en ce sens Cass., 23 novembre 2010, T. Straff., 2011, p. 68; pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voy. P. MONVILLE et O. MICHELIS, « *Saldutz*: entre présent et futur... », in *Actualités de droit pénal*, coll. CUP vol. 128, Liège, Anthémis, 2011, p. 43; O. MICHELIS, « La réception des arrêts *Saldutz* et *Doyanov* de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », obs. sous Cass., 24 mars 2010, J.L.M.B., 2010, pp. 1274 et s.

gences exprimées par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion des arrêts précités.

6. Le moins que l'on puisse dire c'est que notre législateur ne s'est pas précipité pour se plier à ces exigences et qu'en outre, lorsqu'il s'est décidé à intervenir, il s'est montré pour le moins frileux, transposant *a minima* en droit interne les règles découlant des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg.

7. Cette lenteur et cette circonspection s'expliquent certainement, en partie, par le changement considérable qu'impliquait cette réforme puisqu'une contradiction allait, par la présence de l'avocat, s'instaurer à un stade précoce de la procédure où elle était jusqu'alors inexistante.

8. Cette carence ne résultait bien entendu pas d'un simple oubli, mais d'une volonté délibérée et d'un souci constant de préserver au maximum le caractère inquisitoire de la phase préalable du procès pénal et de la soumettre, le moins possible, à une quelconque contradiction.

9. Notre contribution ne reviendra pas sur les nombreuses questions qui subsistent quant à la portée exacte du droit à l'assistance de l'avocat et sur les interrogations qui demeurent quant à la conformité, sur ce point, de notre droit à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De nombreux articles ont été rédigés à ce sujet⁵.

10. Elle se limitera à examiner les conséquences qui pourraient résulter de la méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat, tel que consacré par notre droit, à trois niveaux:

- sur le plan de la régularité du mandat d'arrêt et de la détention préventive;

⁵ Voy. notamment M.-A. BEERNAERT, « *Saldutz* et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *Rev. dr. pén.*, 2009, pp. 971 et s.; A. KETTELIS, « 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, p. 989 et s.; A. JACOIS, « Un bouleversement de la procédure pénale en vue: la présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect? », *J.L.M.B.*, 2009, p. 203; O. MICHELIS, « La réception des arrêts *Saldutz* et *Doyanov* de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 1274 et s.; D. HOLZAPPEL, « Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme – C.E.D.H. (Grande chambre) », *Saldutz c. Turquie*, 27 novembre 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 664 et s.; 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 », in *Actualités de droit pénal*, coll. CUP, vol. 128, *op. cit.*, pp. 11 et s.; P. MONVILLE et O. MICHELIS, « *Saldutz*: entre présent et futur... », *op. cit.*, pp. 43 et s. et pp. 51 et s.; M.-A. BEERNAERT, « La jurisprudence européenne *Saldutz* et ses répercussions en droit belge », in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal à la lumière de la réforme Saldutz*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 45 et s.; L. KENNES, « La loi du 13 août 2011 confiant des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté », *Rev. dr. pén.*, 2012, pp. 5 et s.; F. COOSSENS, H. BERKMOES, A. LINERS, A. DUCHATELET et F. HUTTEBAUT, *La réglementation Saldutz – Théorie et pratique, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Politeia, 2012, pp. 299 et s.

- sur l'utilisation qui peut être faite à titre de preuve de déclarations obtenues en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat;
- sur le caractère équitable du procès.

11. Avant d'examiner ces différents points, nous rappellerons brièvement les contours du droit à l'assistance d'un avocat, tel que consacré, aujourd'hui, par le droit de la procédure pénale belge et nous verrons comment il pourrait évoluer dans un avenir (proche) sous l'influence du droit communautaire européen.

Section 1

Le droit à l'assistance d'un avocat en droit de la procédure pénale belge

Sous-section 1

De lege lata

12. Afin de mettre en conformité les règles de notre procédure pénale avec les exigences résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme initiée à l'occasion de son arrêt *Saldutz c. Turquie*, notre législateur a adopté 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 sa liberté⁶.

13. Comme son nom l'indique, cette loi a instauré un droit à l'assistance d'un avocat, sous différentes formes, pour certaines catégories de personnes entendues dans le cadre d'une enquête pénale. Nous nous bornerons à en rap-

14. La loi détermine les droits devant être communiqués à toute personne entendue, ceux-ci évoluant en fonction du « statut » de la personne auditionnée. Une distinction est désormais opérée en fonction de la qualité de celui qui est interrogé.

⁶ M.B., 5 septembre 2011.

A. Droits reconnus à toute personne qui doit être entendue

15. Toute personne entendue se voit désormais reconnaître les droits suivants⁷, qui doivent par ailleurs lui être communiqués :

- au début de son audition, elle est informée succinctement des faits sur lesquels elle est entendue ;
- il lui est indiqué :
 - qu'elle peut demander que toutes les questions qui lui sont posées et les réponses qu'elle donne soient actées dans les termes utilisés ;
 - qu'elle peut demander qu'il soit procédé à un acte d'information ou une audition déterminée ;
 - que ses déclarations peuvent être utilisées comme preuve en justice ;
 - qu'elle ne peut être contrainte de s'accuser elle-même.

B. Droits reconnus à la personne entendue en qualité de suspect

16. Lorsqu'une personne est entendue à propos d'infractions qui pourraient lui être reprochées, elle bénéficie non seulement des droits précités, mais il doit également lui être communiqué⁸ que :

- elle ne peut être contrainte de s'accuser elle-même ;
- elle a le choix, après avoir décliné son identité, de faire une déclaration, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ;
- elle a le droit, avant la première audition, de se concerter confidentiellement avec un avocat pour autant que les faits qui pourraient lui être reprochés soient susceptibles de donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt⁹ ;
- elle n'est pas privée de sa liberté et peut aller et venir à tout moment.

⁷ Art. 47bis, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

⁸ Art. 47bis, § 2, du Code d'instruction criminelle.

⁹ Rappelons que, dans un premier temps, il était fait exception à ce droit pour les délits visés à l'article 138, 6^o, 6^obis et 6^oter, du Code d'instruction criminelle (à savoir les infractions aux lois et règlements sur les barrières, les services publics et réguliers du transport en commun par terre ou par eau, la voirie par terre ou par eau, et le roulage ; les délits prévus aux articles 418 à 420 du Code pénal, lorsque l'homicide, les coups ou blessures résultent d'un accident de la circulation et à l'article 422 du Code pénal ; les délits définis aux articles 22, 23 et 26 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de responsabilité en matière de véhicules automobiles et des recours en cas de saisies desdits véhicules conformément à l'article 21, § 4, de la même loi). La Cour constitutionnelle a toutefois sanctionné cette exception à l'occasion de son arrêt n^o 2013/007 du 14 février 2013 au motif qu'elle ne se justifiait pas dès lors que ces délits « peuvent avoir dans certains cas des conséquences considérables pour leurs auteurs, aussi bien pour ce qui est des peines qui peuvent être infligées que pour ce qui est des dommages et intérêts qui peuvent être dus aux victimes. Les conséquences de ces infractions peuvent donc être très impressionnantes pour ceux qui les ont commises et dès lors susciter chez eux un état d'insécurité et de vulnérabilité important juste après leur commission. » Celle-ci a donc été supprimée par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice.

C. Droits reconnus à la personne entendue comme suspect, après privation de liberté

17. Lorsqu'une personne est entendue en étant privée de sa liberté, elle se voit reconnaître les droits suivants¹⁰ :
 - le droit dès sa privation de liberté et préalablement au premier interrogatoire par les services de police, le procureur ou le juge d'instruction, de se concerter confidentiellement avec un avocat ;
 - le droit d'être assisté d'un avocat lors de ses auditions suivant sa privation de liberté ;
 - le droit à ce qu'une personne de confiance soit informée de son arrestation ;
 - le droit à une assistance médicale.

D. Règles communes à l'audition de suspects privés de leur liberté ou non

18. Les règles précitées ne valent que lors de la première audition du suspect non privé de liberté et lors des auditions préalables à l'éventuelle délivrance d'un mandat d'arrêt pour le suspect privé de liberté et pas pour les auditions qui interviennent ultérieurement en cours de procédure.
19. Ce choix du législateur de ne pas étendre ce droit pour les auditions ultérieures a été justifié, d'une part, par des motifs budgétaires et d'organisation et, d'autre part, par les droits déjà reconnus à l'inculpé au cours de l'instruction¹¹.
20. La Cour constitutionnelle a estimé que cette situation était justifiée en raison notamment des garanties prévues par la loi relative à la détention préventive qui ont pour effet que l'inculpé placé en détention préventive peut être considéré comme se trouvant dans une situation moins vulnérable que celle du suspect interrogé immédiatement après sa privation de liberté.
21. Elle a également considéré que si l'avocat de l'inculpé détenu ne peut en principe pas assister aux interrogatoires suivant la délivrance du mandat d'arrêt, il a néanmoins la possibilité de suivre de près le déroulement de la procédure et d'y intervenir dès lors notamment qu'il peut communiquer librement avec son client après la délivrance du mandat d'arrêt, qu'il peut consulter le dossier

¹⁰ Art. 47bis, § 3, du Code d'instruction criminelle.

¹¹ Doc. parl., Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-663/1, pp. 20 et s.

répressif avant la comparution devant les juridictions d'instruction et qu'il peut assister à l'éventuel interrogatoire récapitulatif dont son client ferait l'objet¹².

22. La Cour de cassation estime que le droit à un procès équitable n'est pas violé au seul motif que le prévenu n'a pas été assisté d'un avocat lors d'une audition postérieure à celles réalisées lors de sa garde à vue¹³.

23. La loi organise également, de manière stricte, les conditions dans lesquelles il peut être renoncé au droit à la consultation et à l'assistance d'un avocat :

- seule une personne majeure peut, par un écrit daté et signé par elle, renoncer au droit à la consultation et à l'assistance d'un avocat, et cette renonciation doit intervenir de manière volontaire et réfléchie¹⁴ ;
- cette renonciation ne vaut que pour l'audition à l'occasion de laquelle elle est effectuée, et la personne peut à tout moment revenir sur sa décision et solliciter l'assistance d'un avocat ;
- il ne pourrait donc être considéré que la renonciation à l'assistance d'un avocat lors d'une audition par la police vaut également pour l'audition par le juge d'instruction. Il a en effet déjà été jugé que n'est pas légalement justifié l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui retient des déclarations d'un inculpé devant le juge d'instruction à titre d'indices de culpabilité, alors que le procès-verbal d'audition, qui se borne à énoncer que le demandeur n'a pas, au cours de son audition par la police, souhaité la présence d'un avocat pour l'assister lors de son interrogatoire par le juge d'instruction, ne constate pas que celui-ci a renoncé, devant le magistrat instructeur, à son droit à l'assistance d'un avocat¹⁵.

Sous-section 2

De lege ferenda

24. La loi *Saldaz* a déjà longuement été commentée et parfois critiquée par la doctrine qui s'est interrogée sur sa conformité aux exigences résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹² C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013.

¹³ Cass., 8 mai 2012, *Pas*, 2012, n° 283.

¹⁴ Art. 47bis, § 2, al. 3, du Code d'instruction criminelle.

¹⁵ Cass., 14 août 2012, *Pas*, 2012, n° 437.

25. Il est généralement admis que les dispositions mises en place par notre législateur sont en deçà des exigences européennes¹⁶.

26. Elles devront en tout état de cause être modifiées dans un avenir plus ou moins proche en raison de l'entrée en vigueur de la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et les autorités consulaires¹⁷.

A. La directive 2013/48/UE relative au droit d'accès à un avocat

27. Celle-ci prévoit l'accès et l'assistance d'un avocat de manière bien plus étendue que ne le fait la loi belge actuellement.

28. Elle ne limite en effet pas l'assistance de l'avocat à la seule audition dont une personne privée de liberté fait l'objet, mais étend celle-ci à tout suspect, qu'il soit privé de liberté ou non.

29. Elle étend par ailleurs ce droit à l'assistance à toute la durée de la procédure (et pas aux seules auditions qui précèdent la délivrance éventuelle d'un mandat d'arrêt) ainsi qu'à d'autres devoirs d'enquête que l'audition (à savoir aux séances d'identification des suspects, aux confrontations et aux reconstitutions)¹⁸.

¹⁶ Voy. notamment L. KENNES, « La loi du 13 août 2011 conférant des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté », *op. cit.*, pp. 5 et s.; M.-A. BEERNAERT, « La jurisprudence européenne *Saldiz* et ses répercussions en droit belge », *op. cit.*, pp. 45 et s.; P. MONVILLE et O. MICHIELS, « *Saldiz* : entre présent et futur... », *op. cit.*, pp. 43 et s.

¹⁷ Cette directive doit être transposée par les États membres au plus tard le 27 novembre 2016.

¹⁸ Voy. à cet égard l'article 3 de la directive qui dispose :

- « 1. Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies disposent du droit d'accès à un avocat dans un délai et selon des modalités permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits de la défense de manière concrète et effective.
2. Les suspects ou les personnes poursuivies ont accès à un avocat sans retard indu. En tout état de cause, les suspects ou les personnes poursuivies ont accès à un avocat à partir de la survenance du premier en date des événements suivants :
 - a) avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire;
 - b) lorsque des autorités chargées des enquêtes ou d'autres autorités compétentes procèdent à une mesure d'enquête ou à une autre mesure de collecte de preuve conformément au paragraphe 3, point c);
 - c) sans retard indu après la privation de liberté;
 - d) lorsqu'ils ont été cités à comparaître devant une juridiction compétente en matière pénale, en temps utile avant leur comparution devant cette juridiction.
3. Le droit d'accès à un avocat comprend les éléments suivants :
 - a) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient le droit de rencontrer en privé l'avocat qui les représente et de communiquer avec lui, y compris avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire;

30. Il ne fait donc aucun doute que les règles actuellement en vigueur en droit belge relativement au droit à l'assistance d'un avocat ne répondent pas au prescrit de cette directive, de sorte qu'une modification législative devra nécessairement intervenir.

31. Si notre législateur devait rester en défaut de transposer cette directive dans le délai qui lui est imparti (à savoir le 27 novembre 2016 au plus tard), il nous semble que les justiciables pourrnt se prévaloir directement des dispositions de la directive afin de se voir reconnaître les droits qu'elle consacre.

32. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet estimé, dans un arrêt *Van Duyn*, qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant reconnu aux directives d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des particuliers. Elle poursuit en disant que l'effet utile d'une telle directive se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément de droit communautaire. Elle précise qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers¹⁹.

33. La Cour a eu l'occasion de préciser, dans une autre affaire, que l'effet direct d'une directive est subordonné à l'existence d'une obligation inconditionnelle et suffisamment précisée, qui implique l'absence de marge d'appréciation dans le chef des États membres²⁰.

34. En matière pénale, sont susceptibles de se voir reconnaître un effet direct dans l'ordre juridique interne des États membres, notamment les directives

- b) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient droit à la présence de leur avocat et à la participation effective de celui-ci à leur interrogatoire. Cette participation a lieu conformément aux procédures prévues par le droit national, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte à l'exercice effectif et à l'essence même des droits concernés. Dans le cas où l'avocat participe à un interrogatoire, le fait que cette participation ait eu lieu est consigné conformément à la procédure de constatation prévue par le droit de l'État membre concerné;

- c) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient droit au minimum à la présence de leur avocat lors des mesures d'enquête ou des mesures de collecte de preuves suivantes, lorsque ces mesures sont prévues par le droit national et si le suspect ou la personne poursuivie est tenu d'y assister ou autorisée à y assister :

- i) séance d'identification des suspects;
- ii) confrontations;
- iii) reconstitution de la scène d'un crime. [...]

¹⁹ C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74.

²⁰ C.J.C.E., 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80.

relatives aux droits des victimes, ou celles destinées à renforcer la protection des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales²¹.

35. Tel nous semble être le cas de la directive précitée du 22 octobre 2013, celle-ci renforçant la protection des personnes poursuivies en matière pénale en leur reconnaissant un droit à l'assistance d'un avocat dont l'étendue est décrite de manière suffisamment précise.

36. Est-il envisageable d'invoquer, pendant le délai de transposition de la directive, la non-conformité du droit national au droit communautaire et de demander aux juridictions nationales d'appliquer intégralement celui-ci et de protéger les droits qu'il confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition du droit interne, dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire ?

37. Pour rappel, une telle question apparaît *a priori* pertinente vu que le principe d'interprétation conforme²² s'impose également au regard des directives

²¹ A. WEYEMBERGH, « Le développement de l'espace européen de justice pénale depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », in *Actualités en droit pénal*, coll. UoP, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 36 et s.

²² L'existence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qu'elle permet aux juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union européenne, lorsqu'elles tranchent les litiges dont elles sont saisies. Quant aux contours de ce principe d'interprétation conforme, il peut être renvoyé au point de vue développé par M^{me} l'avocat général V. Trstenjak dans ses conclusions écrites en marge des affaires VTAB-VAB NV c. *Total Belgium NV* et *Galatea c. Magazines Belgium NV*, C.J.C.E., 23 avril 2009, aff. 26117 et 29917 : « 59. S'il ne convenait pas d'exclure l'incompatibilité de la loi belge avec la directive 2005/29, la juridiction nationale serait, le cas échéant, en sa qualité de juridiction fonctionnant dans l'ordre communautaire, obligée de laisser inappliquées les dispositions nationales concernées. Cela résulte de la primauté de l'application du droit communautaire par rapport au droit national, mais aussi surtout de l'obligation incombant aux États membres conformément aux articles 10, second alinéa, CE et 249, troisième alinéa, CE, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par la directive concernée. 60. Nous y rattachons aussi l'obligation d'éviter ce qui pourrait empêcher d'atteindre l'objectif d'une directive. Selon la jurisprudence de la Cour, il résulte de l'application combinée tant des dispositions susmentionnées du traité CE que de la directive concernée elle-même que, pendant le délai de transposition d'une directive, les États membres destinataires de celle-ci doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive. Cette obligation d'abstention s'étend à tous les pouvoirs publics des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas des dispositions nationales dont elle est chargée d'examiner la légalité. 61. Dans le même sens, dans l'arrêt *Adelstein* e.a., la Cour a énoncé que, dès la date à laquelle une directive est entrée en vigueur, les juridictions des États membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive. En outre, selon la jurisprudence de la Cour, doivent être considérées comme relevant du champ d'application de la directive, non seulement les dispositions nationales dont l'objectif exprès est de transposer ladite directive, mais également, à compter de la date d'entrée en vigueur de cette directive, les dispositions nationales préexistantes, susceptibles d'assurer la conformité du droit national à celle-ci. 62. Ainsi, si, comme dans les affaires examinées, le juge national soupçonne qu'une législation nationale est de nature à compromettre la finalité d'une directive qui doit être prochainement transposée, à l'expiration du délai de transposition, il est tenu d'adopter les mesures néces-

et décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne et s'étend au III^e pilier²³.

38. Cette obligation d'interprétation conforme connaît toutefois certaines limites²⁴ :

- l'intervention de la juridiction nationale suppose l'existence d'un risque de voir compromis les objectifs de la directive à l'expiration du délai de transposition ;
- l'obligation, incombant au juge national, d'interprétation conforme aux directives trouve ses limites dans les principes généraux du droit, notamment dans ceux de sécurité juridique ainsi que de non-rétroactivité, et elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national ;
- cependant, dès lors qu'une directive est directement applicable, le précepte général d'interprétation conforme au droit communautaire s'impose. Selon ce principe, si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire.

39. À notre connaissance, cette question n'a pas encore été soumise à une juridiction de fond.

B. La directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales

40. La directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales²⁵ pourrait également imposer à notre législateur de réformer le système actuellement en vigueur, dès lors qu'elle semble impliquer la communication du dossier répressif à l'avocat dès le stade de la garde à vue afin qu'il puisse assister son client en connaissance de cause lors de ses auditions.

saires au cours de la phase de transposition. En outre, cela implique également, en principe, la possibilité de ne pas appliquer le droit national contraire dans la mesure où une interprétation du droit applicable conforme à la directive n'est pas envisageable. »

²³ C.J.C.E., 16 juin 2005, *Pupino*, aff. 105/03, point 43.

²⁴ Voy. les conclusions écrites de M^{me} l'avocat général V. Trstenjak, notes subpaginales 21 et 22, en marge des affaires VTAB-VAB NV c. *Total Belgium NV* et *Galatea c. Magazines Belgium NV*, C.J.C.E., 23 avril 2009, aff. 26117 et 29917.

²⁵ Cette directive devait être transposée au plus tard le 2 juin 2014.

41. L'article 7 de cette directive prévoit en effet que « lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes et qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat [...] ».

42. Il semble difficilement contestable qu'une personne privée de sa liberté est « arrêtée » au sens de l'article 7 précité de la directive, de sorte qu'elle doit, toujours en vertu de cette disposition, pouvoir, soit par elle-même soit par l'intermédiaire de son avocat, contrôler la légalité de son arrestation et à cette fin pouvoir consulter les actes de procédure ayant conduit à son arrestation (on pense notamment au procès-verbal de l'interpellation mais également aux actes qui sont le support de l'interpellation, tels que par exemple la plainte de la victime, les dépositions des témoins, ou tous les autres moyens de preuve ayant mené à l'identification de la personne interpellée).

43. Notre droit de la procédure pénale ne prévoit pas encore, pour l'avocat, l'accès au dossier répressif au stade de l'arrestation d'une personne et la directive précitée n'a toujours pas été transposée par notre législateur.

44. Il pourrait donc être envisagé de soutenir que cette directive a un effet direct²⁶ et sur cette base solliciter l'accès au dossier répressif dès l'arrestation d'une personne afin de pouvoir contrôler la légalité de cette arrestation.

45. Si l'accès à l'entier dossier peut trouver un appui solide dans la directive de 2012, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme milite également en ce sens en affirmant que l'équité du procès requiert qu'un suspect ou une personne poursuivie puisse obtenir toute la gamme d'interventions qui sont propres à l'assistance juridique et à cet égard, les avocats des suspects ou des personnes poursuivies devraient être en mesure d'assurer sans restriction les aspects fondamentaux de la défense²⁷.

²⁶ Voy. *supra*, à cet égard, points 33 et s.

²⁷ Voy. notamment, CEDH, 26 novembre 2013, *Emilian-Gearge c. Roumanie*, § 33.

Section 2

Incidence de la méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat sur la régularité du mandat d'arrêt et de la détention préventive

46. Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la première audition qui suit la privation de liberté d'un suspect étant désormais consacré, la question se pose de savoir quelle conséquence il convient de tirer en cas de méconnaissance de ce droit sur la légalité du mandat d'arrêt qui serait délivré à la suite d'une telle audition et d'une mise en détention préventive subséquente.

47. Autrement dit, un suspect auditionné sans la présence d'un avocat peut-il être placé sous mandat d'arrêt ou la méconnaissance de son droit à l'assistance d'un avocat implique-t-elle nécessairement l'irrégularité de la détention préventive dont il ferait l'objet ?

48. La loi ne règle pas directement cette question. Il convient dès lors de se référer à la jurisprudence pour examiner la réponse qui y est apportée.

Sous-section 1

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

49. La Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas considérer qu'à défaut d'assistance d'un avocat préalablement à la délivrance d'un mandat d'arrêt, ce dernier serait nécessairement irrégulier ou méconnaîtrait une disposition de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

50. C'est à tout le moins la position qu'elle a adoptée à l'occasion de son arrêt *Simons contre l'État belge*. Elle a décidé à cette occasion 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, on ne peut déduire de cette seule circonstance que sa détention est contraire à l'article 5, § 1^{er}, de la Convention en ce qu'elle ne répondrait pas à l'exigence de légalité inhérente à cette disposition »²⁸.

51. Il ne pourrait en outre être soutenu, à ce stade de la procédure, pour tenter d'invalider le mandat d'arrêt qui aurait été délivré à la suite d'une audition effectuée en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat, qu'il y

²⁸ CEDH, 28 août 2012, *Simons c. Belgique*, § 33, J.L.M.B., 2013, p. 251.

aurait une violation du droit à un procès équitable, dès lors, d'une part, que la conformité d'un procès aux principes fixés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit en principe être examinée sur la base de l'ensemble de la procédure et, d'autre part, qu'un « accusé » ne peut se dire victime d'une violation de son droit à un procès équitable en l'absence de déclaration de culpabilité et de condamnation.

52. Par hypothèse, une personne placée en détention préventive est toujours présumée innocente et n'a fait l'objet, à ce stade de la procédure, d'aucune déclaration de culpabilité ou de condamnation²⁹.

53. Un grief tiré d'une éventuelle violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales formulé à l'encontre d'un mandat d'arrêt délivré alors que la personne n'a pas été assistée d'un avocat préalablement à cette délivrance serait donc jugé prématuré par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est d'ailleurs ce que la Cour a considéré à l'occasion de son arrêt *Simons* précité³⁰.

54. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne peut donc être déduit aucune sanction au niveau de la régularité d'un mandat d'arrêt délivré en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat lors des auditions précédant la délivrance de ce mandat d'arrêt.

Sous-section 2

Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation

55. La Cour de cassation a estimé, à l'occasion de différents arrêts, que la circonstance qu'une personne a été entendue sans la présence de son avocat ou sans avoir pu consulter un avocat préalablement à son audition n'implique nullement l'obligation pour les juridictions d'instruction de conclure à l'irrégularité de la détention préventive dont cette personne fait l'objet³¹.

56. Elle a en effet énoncé à l'occasion de ces arrêts : « l'article 47bis, § 6 du Code d'instruction criminelle dispose qu'aucune condamnation ne peut être

²⁹ À tout le moins dans le cadre de la procédure où elle est placée en détention préventive.

³⁰ « [...] Selon la Cour, prise sous l'angle de l'article 6, paragraphe 1^{er}, et 3 c. de la Convention, la requête est en tout état de cause prématurée. Elle constate en effet, que la procédure interne est pendante au stade de l'instruction. Or, d'une part, la conformité d'un procès aux principes fixés à l'article 6 de la Convention doit en principe être examinée sur la base de l'ensemble du procès [...]. D'autre part, un "accusé" ne peut se dire victime d'une violation de son droit à un procès équitable en l'absence de déclaration de culpabilité et de condamnation [...] » (C.E.D.H., 28 août 2012, *Simons c. Belgique*, § 18, J.L.M.B., 2013, p. 251).

³¹ Cass., 7 mars 2012, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 583 ; voy. également Cass., 14 août 2012, R.G. n° P12.1470.F.

prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites en violation du droit à la concertation confidentielle préalable ou à l'assistance d'un avocat au cours de l'audition. La loi ne sanctionne donc pas les manquements aux formes qu'elle édicte, par la nullité. La sanction réside dans l'interdiction faite à la juridiction de jugement de puiser la preuve d'une infraction dans l'audition recueillie irrégulièrement et partant, dans l'interdiction à la juridiction d'instruction d'y trouver des indices ou des charges.³²

57. Il résulte donc de cette jurisprudence que la méconnaissance du droit à la concertation confidentielle ou à l'assistance d'un avocat lors d'une audition n'entraîne pas la nullité du mandat d'arrêt délivré à la suite de cette audition, mais empêche par contre le juge d'instruction et ensuite les juridictions d'instruction d'utiliser cette audition pour établir l'existence d'indices sérieux de culpabilité de nature à justifier la mesure de détention préventive.

58. Cette opinion doit toutefois être nuancée. À l'occasion d'un arrêt du 18 juin 2013, la Cour de cassation a en effet considéré qu'« en vertu de l'article 16, § 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, le suspect a droit à l'assistance de son avocat lors de l'audition par le juge d'instruction préalablement à l'éventuelle délivrance d'un mandat d'arrêt. Il en découle que si cette audition s'est déroulée sans l'assistance d'un avocat et sans que le suspect y ait renoncé, le suspect doit en principe être remis en liberté. L'arrêt qui estime que le fait que le demandeur a été entendu par le juge d'instruction sans l'assistance d'un avocat n'a pas pour conséquence que le mandat d'arrêt devrait être levé par le tribunal d'instruction pour le motif qu'il n'apparaît pas que cette circonstance aurait hypothéqué de manière irréparable le droit du demandeur à un procès équitable, n'est pas justifié en droit. »³³

59. Les premiers commentateurs consacrés à cette décision relèvent qu'en l'espèce, même si cela ne ressort d'aucune considération de l'arrêt, l'assistance de l'avocat à l'audition du suspect avait été refusée par le juge d'instruction au motif que l'avocat n'était pas porteur de sa togge³⁴. Ce n'est toutefois pas cette circonstance qui semble avoir amené la Cour de cassation à se prononcer comme elle l'a fait puisqu'elle n'y fait même pas référence dans son arrêt.

60. De là à considérer qu'il s'agirait d'un revirement de jurisprudence qui impliquerait nécessairement la remise en liberté de toute personne placée en

³² Cass., 7 mars 2012, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 583 ; en ce sens également, Cass., 14 août 2012, R.G. n° P12.1470.F.

³³ Cass., 18 juin 2003, T. *Stroff*, 2013, liv. 4, p. 260.

³⁴ Voy. notamment B. DE SMET, « Recht op bijstand van een advocaat voor de onderzoeksrechter tijdens een verhoor voortgaand aan het bevel tot aanhouding », note sous Cass., 18 juin 2013, R.W., 2013-2014, p. 862 ; J. VAN GAEVER, note sous Cass., 18 juin 2013, T. *Stroff*, 2013, p. 260.

détention préventive sans qu'il ait été respecté au préalable son droit à la consultation ou à l'assistance d'un avocat, il y a un pas que nous n'oserions pas franchir. La Cour de cassation considère en effet que si l'audition devant le juge d'instruction s'est déroulée sans l'assistance d'un avocat, l'inculpé doit *en principe* être remis en liberté.

61. Il n'en reste pas moins que cet arrêt semble faire évoluer la sanction du non-respect du droit à l'assistance d'un avocat, lors de l'audition par le juge d'instruction à tout le moins, de l'interdiction de prendre en considération l'audition réalisée en méconnaissance de ce droit pour justifier l'existence d'indices sérieux de culpabilité à la remise en liberté de l'inculpé.

62. Il restera à voir quelles dérogations à ce principe seront acceptées par la Cour à l'occasion de ses prochains arrêts. Nous pouvons à tout le moins déjà penser aux exceptions suivantes : en cas d'urgence dûment motivée, en cas de renonciation volontaire et réfléchie à l'assistance d'un avocat ou en cas de force majeure³⁵.

63. Lorsque l'assistance d'un avocat n'aura pas été possible pour des raisons indépendantes de la volonté des autorités ayant procédé à l'audition du suspect, cette circonstance pourra en effet dans certaines conditions être considérée comme un cas de force majeure, de sorte que la régularité du mandat d'arrêt ne sera en rien affectée.

64. Dans un arrêt du 23 janvier 2013, la Cour de cassation a en effet considéré que « si, en application de l'article 16, § 2, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, l'inculpé a le droit d'être assisté d'un avocat lors de son interrogatoire par le juge d'instruction, le mandat d'arrêt est néanmoins régulièrement délivré lorsque cette assistance n'a pas été rendue possible pour cause de force majeure en raison de l'absence d'avocat disponible »³⁶. En l'espèce, la force majeure résultait du fait qu'après avoir pris contact avec la permanence organisée par le bureau d'aide juridique, aucun avocat n'était disponible.

65. Indépendamment de ces circonstances exceptionnelles, il nous semble que la règle doit effectivement être la remise en liberté de la personne placée sous mandat d'arrêt, si celle-ci n'a pas été assistée d'un avocat lors de son audition par le juge d'instruction, préalablement à la délivrance de ce mandat d'arrêt, et pour peu qu'elle n'ait pas valablement renoncé à cette assistance.

³⁵ B. DE SMET, *ibid.*, p. 862.

³⁶ Cass., 23 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, liv. 28, p. 1470.

66. L'article 16, § 2, alinéa 5, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive prévoit que « le juge d'instruction doit également informer l'inculpé de la possibilité qu'un mandat d'arrêt soit décerné à son encontre, et l'entendre en ses observations à ce sujet et, le cas échéant, en celles de son avocat. À défaut de respect de ces conditions, l'inculpé est mis en liberté [...] ».

67. Cette disposition nous semble devoir se comprendre comme prévoyant désormais cumulativement que l'inculpé et son avocat doivent être entendus sur la possibilité de délivrance d'un mandat d'arrêt. Il s'agit bien d'une obligation faite au juge d'instruction d'entendre l'un et l'autre, et non une simple possibilité.

68. Les termes « le cas échéant » ne peuvent être compris autrement que par le fait que l'inculpé pourrait avoir renoncé à la présence de l'avocat³⁷.

69. Un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que c'est en ce sens qu'il faut interpréter les termes « le cas échéant » utilisés par le législateur en indiquant que « le juge d'instruction ne dispose pas, à sa guise, de la latitude d'entendre l'avocat de l'inculpé quant à la possibilité qu'un mandat d'arrêt soit décerné à l'encontre de l'inculpé. L'avocat de l'inculpé peut dans tous les cas formuler ses observations à ce sujet, s'il l'estime nécessaire. »³⁸

70. Si l'avocat n'est pas présent lors de l'audition, sans que des circonstances exceptionnelles puissent justifier cette absence ou que la personne entendue ait renoncé à cette assistance, il ne pourra évidemment pas faire valoir ses observations sur la possibilité qu'un mandat d'arrêt soit décerné.

71. Il en découle selon nous que la personne devrait alors être remise en liberté, comme le prévoit expressément l'article 16, § 2, alinéa 5, précité, de la loi relative à la détention préventive.

72. Signalons enfin que l'avocat qui assiste à l'audition d'une personne par le juge d'instruction ne doit pas être expressément invité par le juge d'instruction à faire valoir ses observations quant à la possibilité de la délivrance d'un mandat d'arrêt.

73. Dès lors que la parole lui a été donnée par le juge d'instruction à l'issue de l'interrogatoire, notamment pour lui demander s'il avait des observations à formuler quant au déroulement de l'audition, il est supposé « saisir » cette occa-

³⁷ P. MONVILLE et O. MICHIELS, « *Saldiaz* : entre présent et futur... », *op. cit.*, pp. 92 et s.

³⁸ Bruxelles, ch. mise en acc., 16 novembre 2012 (arrêt n° 4010) inédit.

sion pour faire valoir également les observations qu'il aurait à formuler quant à la délivrance éventuelle d'un mandat d'arrêt.

Il nous semble donc important d'attirer l'attention des praticiens sur ce point.

74. La Cour de cassation a en effet considéré, dans un arrêt du 28 novembre 2012, que « dès lors que la parole a été donnée au conseil du demandeur après que ce dernier a été entendu au sujet des faits et de la possibilité de délivrance d'un mandat d'arrêt et qu'il ne résulte d'aucun élément que ledit conseil a été empêché de s'exprimer à cette occasion, notamment quant à ladite possibilité, le prescrit de l'article 16, § 2, alinéa 5 a été respecté »³⁹.

Section 3

Incidence de la méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat sur la régularité de la preuve résultant des procès-verbaux d'audition établis en méconnaissance de ce droit

75. La question qui retiendra ici notre attention est celle de savoir s'il peut être fait usage, à titre de preuve, d'une audition recueillie en méconnaissance du droit à la concertation préalable ou à l'assistance d'un avocat.

76. Cette situation concerne :

- la violation du droit du suspect non arrêté à une concertation confidentielle avec un avocat avant l'audition ;
- la violation du droit du suspect privé de liberté à une concertation confidentielle avec un avocat avant la première audition et de son droit d'être assisté par un avocat lors des auditions (avant la délivrance du mandat d'arrêt) ;
- la violation du droit du suspect privé de liberté qui fait l'objet d'une décision de prolongation de la privation de liberté⁴⁰ à une concertation confidentielle préalable avec un avocat durant la nouvelle période de vingt-quatre heures de privation de liberté ;
- la violation du droit de la personne qui n'était pas considérée initialement comme un suspect et qui acquiert cette qualité en cours d'audition de bénéficier d'une concertation confidentielle avec un avocat et, si elle est privée de liberté, de bénéficier de l'assistance d'un avocat au cours de l'audition.

³⁹ Cass., 28 novembre 2012, R.C. n° P12.1855.F.

⁴⁰ En application de l'article 150bis de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

77. Deux hypothèses doivent à cet égard être distinguées :

- soit une personne est entendue en violation de son droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat et elle formule des déclarations qui l'accusent à cette occasion. La question se pose de savoir si ces déclarations peuvent être utilisées contre elle pour fonder une condamnation à son encontre ;
- soit une personne est entendue en violation de son droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat et formule à cette occasion des déclarations qui accusent un tiers. La question se pose alors de savoir si ces déclarations peuvent être utilisées pour fonder une condamnation contre ce tiers.

Sous-section 1

Quant à l'utilisation des déclarations auto-accusatrices faites par une personne pour justifier une condamnation à son encontre

A. En ce qui concerne les déclarations faites lors de la première audition

78. Notre législateur a envisagé cette hypothèse et y a apporté une solution qu'il a été amené à modifier à la suite d'un arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle.

79. Dans sa version initiale, l'article 47bis, § 6, du Code d'instruction criminelle prévoyait qu'aucune condamnation ne pouvait être prononcée sur le seul⁴¹ fondement des déclarations faites par la personne entendue en violation des dispositions prévoyant la concertation confidentielle ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition.

80. Cette disposition permettait donc que les déclarations faites en violation du droit à la concertation confidentielle ou à l'assistance d'un avocat au cours de l'audition soient prises en considération par le juge du fond, dès lors qu'elles étaient corroborées par d'autres éléments de preuve, et même que de telles déclarations soient utilisées de manière déterminante⁴².

81. La Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer sur la conformité de cette disposition avec les exigences du droit à un procès équitable tel

⁴¹ Nous soulignons.

⁴² O. NIDERLANDT et D. VANDERMEERSCH, « Deux ans après la loi "Salduz" : inventaire critique de la jurisprudence et des pratiques », in *Les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, p. 192.

qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme⁴³. Elle s'est à cette occasion livrée à une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation.

82. Après avoir constaté que l'article 47bis, § 6, du Code d'instruction criminelle permettrait que des déclarations faites en violation du droit à la concertation confidentielle préalable avec un avocat ou du droit à l'assistance de l'avocat lors des auditions soient prises en considération par le juge du fond, dès lors qu'elles sont corroborées par d'autres éléments de preuve, voire que de telles déclarations soient utilisées de manière déterminante, la Cour constitutionnelle a considéré que cette disposition méconnaissait le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

83. L'arrêt énonce qu'« une telle possibilité n'est en principe pas compatible avec le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle juge en effet que le droit du suspect à ne pas être contraint de participer à sa propre incrimination et son droit à garder le silence, au respect desquels participe le droit à l'assistance de l'avocat, présupposent que l'accusation soit fondée sur d'autres éléments de preuve que ceux qui ont été obtenus en violation de ces droits. Ces derniers doivent dès lors être exclus des éléments sur la base desquels le juge est amené à fonder la condamnation. [...] En permettant que des déclarations auto-incriminantes recueillies en violation du droit à l'assistance d'un avocat, tel qu'il est organisé par la loi attaquée, soient utilisées pour fonder une condamnation, fût-ce en combinaison avec d'autres éléments de preuve, la disposition attaquée viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

84. La Cour constitutionnelle a dès lors annulé le mot « seul » dans l'article 47bis, § 6 du Code d'instruction criminelle. Cette disposition a été modifiée, ultérieurement, par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice afin d'être mise en conformité avec l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle et elle prévoit désormais qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le fondement de déclarations qu'elle a faites en violation des §§ 2, 3 et 5 à l'exclusion du § 4, en ce qui concerne la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition ».

⁴³ C. CONST., 14 février 2013, arrêt n° 2013/007.

85. Il en résulte qu'une déclaration faite en méconnaissance du droit à la concertation confidentielle préalable ou à l'assistance d'un avocat lors de l'audition ne peut plus être utilisée comme preuve en justice pour justifier une condamnation à l'encontre de la personne qui a fait cette déclaration.

86. Cette solution nous paraît être la seule conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a en effet considéré notamment à l'occasion d'un arrêt du 31 mars 2009 que le droit du suspect à ne pas être contraint de participer à sa propre incrimination et son droit à garder le silence, au respect desquels participe le droit à l'assistance de l'avocat, présupposent que l'accusation soit fondée sur d'autres éléments de preuve que ceux qui ont été obtenus en violation de ces droits. Ces derniers doivent dès lors être exclus des éléments sur la base desquels le juge est amené à fonder la condamnation. Lorsque les aveux recueillis en violation du droit à l'assistance d'un avocat ont influencé la décision de condamnation, la mesure dans laquelle ces aveux ont affecté la conviction du juge n'a pas à être prise en considération, la Cour n'ayant pas à spéculer sur ce qui serait advenu si un avocat avait été présent lors de la première audition⁴⁴.

87. Signalons également que la jurisprudence de la Cour de cassation est conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. À l'occasion d'un arrêt du 5 septembre 2012, notre juridiction suprême a considéré 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 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 irrégulière. »⁴⁵

88. La Cour de cassation avait d'ailleurs déjà développé une jurisprudence en ce sens antérieurement à l'adoption de l'article 47bis, § 6, du Code d'instruction criminelle. Dans un arrêt du 15 décembre 2010, elle avait en effet consi-

⁴⁴ C.E.D.H., 28 octobre 2010, *Leonid Lozarenko c. Ukraine*, § 57 : « [...] While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts. It is not for the Court to speculate on what the applicant's reaction or his lawyer's advice would have been had he had access to a lawyer at the initial stage of the proceedings. It considers that, in view of the circumstances, both the safeguards envisaged by the national legislation and the guarantee of fairness enshrined in Article 6 of the Convention required that the applicant should have the benefit of the assistance of a lawyer from the very first stage of police questioning. This did not happen [...] »

⁴⁵ Cass., 5 septembre 2012, *Pas.*, 2012, II, p. 1581.

déré que l'utilisation d'une déclaration auto-accusatrice faite par une personne sans l'assistance d'un avocat pour justifier une condamnation à son encontre violait le droit à un procès équitable.⁴⁶

89. Il est donc maintenant acquis qu'une déclaration faite en violation du droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat, au cours de la première audition d'une personne faisant l'objet de poursuites pénales, ne peut plus être utilisée comme preuve en justice pour fonder une condamnation à l'encontre de cette personne.

90. Si le principe est clair, son application est parfois moins évidente. Ainsi, à l'occasion d'un arrêt du 3 décembre 2013⁴⁷, la Cour d'appel de Bruxelles a prononcé la condamnation d'une personne pour différents faits. Elle a considéré que la culpabilité de cette personne résultait de la conjonction de différents éléments : (1) l'analyse de la téléphonie, (2) la possession d'une somme d'argent importante alors que le prévenu n'avait que des revenus limités, (3) le fait que le véhicule dans lequel le prévenu avait été intercepté le lendemain des faits correspondait sur toute une série de points avec la voiture utilisée par les agresseurs pour commettre les faits.

91. L'arrêt ajoutait ensuite « à titre surabondant, même si les déclarations faites par le prévenu au cours de l'instruction sans la présence d'un conseil ne peuvent constituer une preuve de sa culpabilité, il est pour le moins significatif⁴⁸ de noter que celles-ci sont évolutives et fluctuantes. Elles sont également contradictoires sur plusieurs points, entre elles, avec celles de [...] et avec certaines informations recueillies au cours de l'instruction. Leur contenu fantaisiste quant à son emploi du temps, le jour des faits, à l'usage du GSM

⁴⁶ Cass., 15 décembre 2010, R.G. n° P10.0914.F : « [...] L'équité d'un procès pénal s'apprécie par rapport à l'en-semble 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 véri-fiant si les circonstances dans lesquelles les éléments à charge ont été obtenus jettent le doute sur leur crédibi-lité ou leur exactitude, et en évaluant l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique. [...] Pour asseoir leur conviction quant à la culpabilité du demandeur, les juges d'appel ont relevé notamment que, jusqu'à sa mise en liberté par le juge d'instruction, le suspect avait progressivement avoué les faits décrits par le plaignant avant de tout remettre en cause et de solliciter son acquittement devant la juridiction de jugement. L'arrêt explique ce revirement en considérant [...] que le demandeur n'a probable-ment pas perçu la portée pénale des actes dont il avait admis l'existence, ignorant que la qualification de viol s'applique aussi à la pénétration par voie orale. Il y a donc de la déclaration d'un suspect qui, en garde à vue sans avocat, s'incrimine lui-même à défaut de posséder les connaissances juridiques qui lui auraient permis de mesurer autrement ses propos. [...] 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 dès lors été prises en compte par eux pour conclure à la crédibilité de la plainte et, de là, au bien-fondé de la poursuite. Ainsi motivée, la décision viole l'article 6 de la Convention [...] ».

⁴⁷ Bruxelles (14^e ch. corr.), 3 décembre 2013, arrêt n° 1361, inédit.

⁴⁸ Nous soulignons.

de son amie et à la fréquence de ses allées et venues dans la région où les faits litigieux ont été commis, démontre à suffisance le peu de crédit à accorder à ses affirmations.»

92. Il semblait évident, à la vue de cette motivation, que la cour d'appel avait, même si elle indiquait l'inverse, à tout le moins pris en considération les déclara-tions du prévenu, ne serait-ce que pour souligner qu'il ne saurait leur être accordé aucun crédit, pour fonder sa conviction sur sa culpabilité.

93. La Cour de cassation⁴⁹ a néanmoins rejeté le pourvoi formé contre cette décision, faisant grief à celle-ci de s'être référée aux déclarations faites par le prévenu sans la présence d'un avocat pour établir sa culpabilité, en indiquant que « les juges d'appel ont considéré que la culpabilité du demandeur résultait de la conjonction de trois éléments. D'une part, l'analyse de la téléphonie démontre, à leurs yeux, sans le moindre doute, que le demandeur était la per-sonne qui avait procédé au repérage préalable des lieux, à toutes les phases du vol et à l'utilisation des cartes bancaires volées. D'autre part, malgré des revenus limités, il avait été trouvé en possession d'une somme importante le lendemain des faits. Enfin, la voiture à bord de laquelle il avait été intercepté correspon-dait sur de nombreux points à celle utilisée par les agresseurs et filmée par une caméra de surveillance. L'arrêt ajoute que les déclarations faites par le demandeur au cours de l'instruction sans la présence d'un conseil ne peuvent servir de preuve et que le refus de prendre en compte les dénégations qu'elles contiennent n'a qu'un caractère surabondant », de sorte que la Cour de cassa-tion a considéré cette décision comme étant légalement justifiée.

94. Pour éviter que le principe de la non-prise en considération des déclara-tions d'une personne faites sans la présence d'un avocat pour fonder une condamnation à son encontre ne reste un vœu pieux, il nous paraît qu'il serait utile de prévoir que les procès-verbaux d'audition établis en méconnaissance du droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat soient retirés du dossier avant que celui-ci ne soit soumis au juge du fond, afin qu'il ne puisse pas en prendre connaissance⁵⁰.

95. Cette manière de procéder nous semble être la plus adéquate afin de garantir que ces procès-verbaux n'influenceront, en aucune manière, le juge du fond lors de sa décision. Il ne peut être exclu qu'un juge se laisse davantage convaincre de la culpabilité d'un prévenu par d'autres éléments de preuve figu-

⁴⁹ Cass., 23 avril 2014, R.G. n° P14.0042.F.

⁵⁰ En ce sens également, voy. O. MICHELS, « De Saldutz à Brusco ou les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme sur la présence de l'avocat », in *Liber Amicorum Alain de Nauw – Het Strafrecht badrevent*, Bruges, die Keure, 2011, p. 662.

rant au dossier répressif, si y figurent également ses aveux recueillis en violation de son droit à l'assistance d'un avocat.

96. Par une motivation prudente, le juge pourrait justifier la condamnation qu'il prononcerait contre cette personne en se référant exclusivement à ces autres éléments de preuve, alors que s'il n'avait pas eu connaissance des aveux recueillis dans les circonstances précitées, il aurait peut-être estimé ces éléments de preuve insuffisants pour fonder sa conviction.

B. En ce qui concerne les déclarations faites lors d'auditions ultérieures

97. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la loi ne prévoit pas actuellement la possibilité pour une personne d'être assistée d'un avocat à l'occasion des auditions survenant ultérieurement à son placement en détention préventive⁵¹.

98. Si, à l'occasion de ces auditions, par hypothèse faites sans la présence d'un avocat, une personne fait des déclarations auto-incriminantes, rien ne s'oppose à ce que celles-ci soient utilisées pour justifier une condamnation à son encontre.

99. La Cour de cassation considère en effet qu'il ne résulte pas de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le droit à un procès équitable est violé au seul motif que le prévenu n'a pas été assisté par un avocat à une audition postérieure à celles réalisées en garde à vue⁵².

100. Tel ne pourra plus être le cas à notre avis lorsque la directive 2013/48/UE relative au droit d'accès à un avocat aura été transposée ou pourra être invoquée, dès lors que l'assistance d'un avocat devra être prévue pour les auditions ultérieures d'une personne.

Sous-section 2

Quant à l'utilisation des déclarations faites par une personne pour fonder une condamnation à l'encontre d'un tiers

101. *A priori*, rien ne fait obstacle à ce que les déclarations faites par une personne soient utilisées pour fonder une condamnation à l'encontre d'un tiers, même si celles-ci ont été effectuées en violation du droit de consulter ou d'être

⁵¹ Voy. *supra*, points 18 et 51.

⁵² Cass., 8 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 238; Cass., 1^{er} octobre 2014, R.G. n° P14.0380.F.

assisté d'un avocat. La Cour de cassation⁵³ considère en effet que « lorsque à l'occasion de ses auditions effectuées sans l'assistance d'un avocat pendant le délai de garde à vue, une personne consent des déclarations qui incriminent également des tiers, la preuve ainsi recueillie à charge de ceux-ci n'est pas, en soi, irrégulière, le suspect n'agissant alors que comme témoin dont la déposition, pour être reçue, ne doit pas être faite en la présence d'un conseil ».

102. Il n'en irait autrement que si le prévenu conteste par la suite tant l'aveu que la dénonciation faite à cette occasion, car le juge du fond, qui ne peut pas utiliser l'audition pour condamner celui qui l'a faite, ne peut pas davantage l'utiliser pour condamner les personnes mises en cause par la dénonciation rétractée⁵⁴.

103. Ce cas de figure ne se présentera pas, à première vue, fréquemment. Il faudrait en effet tout d'abord que la personne qui a fait des déclarations à l'égard d'un tiers se soit, dans la même audition, auto-incriminée également. Elle devrait par la suite revenir sur les propos qu'elle a tenus, tant à son encontre qu'à l'encontre du tiers et, dans cette hypothèse seulement, son audition ne pourrait plus être utilisée pour fonder une condamnation à l'égard du tiers initialement mis en cause.

Section 4

Incidence de la méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat sur le caractère équitable du procès

104. Nous examinerons dans cette partie l'incidence que peut avoir la méconnaissance du droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat lors d'une audition sur le caractère équitable de la procédure. Autrement dit, la violation du droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat lors d'une audition implique-t-elle nécessairement un manquement au droit à un procès équitable qui rendrait les poursuites irrégulières ?

105. La loi est muette à cet égard et il faut donc se tourner vers la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme pour y trouver réponse.

⁵³ Cass., 8 mai 2012, *Pas.*, 2012, II, p. 1033 : « [...] Le droit à l'assistance d'un avocat est lié à l'obligation d'information, au droit de se faire et au fait que personne ne peut être obligé de s'auto-incriminer. Ces droits valent *in personam*. Un tiers ne peut invoquer la violation de ces droits en matière de déclarations faites à sa charge par un inculpé ou un prévenu qui n'est qu'un témoin vis-à-vis de lui. »

⁵⁴ Cass., 5 septembre 2012, *Pas.*, 2012, II, p. 1581.

Sous-section 1

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

106. Il n'est pas inutile de retracer l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relativement à l'impact sur le procès équitable du non-respect des règles devant garantir l'intervention précoce de l'avocat, pour mieux en comprendre la portée actuelle.

A. Évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

1) Arrêt Salduz : les fondements

107. À l'occasion de son célèbre arrêt *Salduz*, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir posé le principe de la nécessité de consentir à un suspect l'accès à un avocat dès le premier interrogatoire de police afin de satisfaire de manière concrète et effective au droit à un procès équitable⁵⁵, a ajouté qu'il « est en principe porté une atteinte irréductible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subit sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »⁵⁶.

108. En l'espèce, la Cour avait constaté que si Monsieur Salduz n'avait pas été assisté d'un avocat lors de ses premières auditions, cela résultait de l'application de la législation interne alors en vigueur en Turquie, ce qui « en soit suffi déjà à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 ».

109. La Cour avait par ailleurs relevé que la déposition faite par Monsieur Salduz lors de sa garde à vue avait été utilisée comme preuve essentielle justifiant sa condamnation, malgré les dénégations émises par la suite quant à l'exactitude de cette déclaration, ce qui l'avait amenée à considérer que « ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat, ni la nature contradictoire de la procédure n'ont pu porter un remède au défaut survenu pendant sa garde à vue de sorte que l'impossibilité pour lui de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a irrémédiablement nui à ses droits de la défense ».

⁵⁵ La Cour énonce à cet égard : « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1 demeure suffisamment "concret et effectif", il faut, 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 ».

⁵⁶ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 55.

110. Cet arrêt a abondamment été commenté et il était généralement considéré, sur la question qui nous intéresse, que la Cour n'avait pas attaché de sanction à l'absence d'assistance d'un avocat comme telle, mais que c'est uniquement en cas d'utilisation à charge des déclarations faites sans une telle assistance qu'elle avait conclu à une violation de l'article 6 de la Convention⁵⁷.

111. Autrement dit, la non-assistance d'un avocat au cours du premier interrogatoire subi par un suspect n'entraînait pas à elle seule nécessairement la conclusion qu'il y avait eu violation du droit à un procès équitable. Cette conclusion ne devait intervenir que si les déclarations ainsi recueillies avaient été utilisées comme preuve pour justifier la condamnation de la personne qui les avait faites.

2) Arrêt Dayanan : le durcissement...

112. La Cour européenne a par la suite semblé durcir sa jurisprudence sur ce point, notamment à l'occasion de l'arrêt *Dayanan* contre Turquie⁵⁸.

113. Dans cette affaire, Monsieur Dayanan est entendu par la police après son placement en garde à vue, sans être assisté d'un avocat. Lors de cette audition, il refuse de répondre aux questions qui lui sont posées, faisant usage de son droit de garder le silence. Il sera néanmoins condamné lors de son procès, malgré les contestations émises. Les déclarations effectuées sans l'assistance d'un avocat ne serviront pas comme preuve pour justifier sa condamnation, dès lors qu'il n'avait rien déclaré lors de ces auditions.

114. Malgré cela, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il y a eu violation du droit à un procès équitable. La Cour va constater que si Monsieur Dayanan n'a pas bénéficié de l'assistance d'un avocat lors de sa garde à vue, c'est en raison du fait que la législation turque en vigueur à l'époque y faisait obstacle, ce qui l'amène à conclure « qu'en soi une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, nonobstant le fait que le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue »⁵⁹.

115. Cet arrêt semblait donc franchir un pas supplémentaire par rapport à la position arrêtée dans l'arrêt *Salduz* dès lors qu'il conclut à la violation du droit à un procès équitable sur la base de la seule constatation de ce que la personne

⁵⁷ M.-A. BEERNAERT, « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires par la police », *op. cit.*, p. 985.

⁵⁸ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*.

⁵⁹ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, § 33.

en cause n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un avocat dès son placement en garde à vue, sans examiner l'influence que cette non-assistance a eue sur le déroulement ultérieur du procès.

116. La portée de cet arrêt sur ce point semble toutefois devoir être relativisée, comme nous allons le voir, au regard de la jurisprudence ultérieure de la Cour de Strasbourg. Ce qui semble avoir amené la Cour à adopter une position si radicale dans cette affaire est la circonstance que la loi turque en vigueur à l'époque ne permettait pas l'assistance d'un avocat lors des auditions. C'est cette impossibilité légale d'être assisté d'un avocat que la Cour semble avoir voulu sanctionner, sans examiner alors l'influence que cette non-assistance a pu avoir sur le reste de la procédure⁶⁰. La Cour prononcera d'autres arrêts en ce sens⁶¹.

3) Arrêt Stanca : le fléchissement ?

117. Par contre, dès lors que la possibilité existe pour une personne d'être assistée d'un avocat lors de son audition mais que tel n'a pas été le cas en pratique, la Cour européenne examine si cette circonstance a eu ou pas une influence sur le cours du procès avant de conclure éventuellement à la violation du droit à un procès équitable.

118. Ainsi, dans l'affaire *Stanca c. Roumanie*⁶², la Cour revient au critère d'appréciation de l'influence qu'a joué l'absence d'un avocat lors de l'audition du suspect sur la suite de la procédure. Elle relève qu'aucune restriction législative n'empêchait Monsieur Stanca d'être assisté d'un avocat. Si certes Monsieur Stanca avait toutefois effectué une première déclaration sans être assisté d'un avocat, il avait nié toute implication à cette occasion et en outre, les décisions de condamnation ne s'étaient aucunement référées à cette première déclaration.

119. Dans ces conditions, la Cour a considéré qu'il ne saurait être conclu que les droits de la défense de Monsieur Stanca ont été compromis de manière irréversible par l'absence d'un avocat lors de son premier interrogatoire de sorte qu'il n'y avait pas eu violation du droit à un procès équitable.

⁶⁰ En ce sens également D. DILLEMBOURG, « La jurisprudence de la Cour européenne : état de la question et enjeux... », op. cit., p. 11.

⁶¹ Voy. notamment C.E.D.H., 9 février 2010, *Boz c. Turquie*.

⁶² C.E.D.H., 24 juillet 2012, *Stanca c. Roumanie*.

120. Elle avait déjà adopté une position similaire à l'occasion de l'affaire *Zdravko Petrov c. Bulgarie*⁶³. Dans cette affaire, Monsieur Zdravko Petrov n'avait bénéficié de l'assistance d'un avocat qu'après les premières vingt-quatre heures de privation de liberté. Sa condamnation ne se fondait toutefois que sur les déclarations qu'il avait faites après cette période, et donc après qu'il avait pu consulter un avocat, de sorte que la Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

B. Conclusion

121. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous paraît donc, en l'état, pouvoir être résumée comme suit :

- si la législation interne d'un État exclut toute possibilité d'être assisté d'un avocat dès le premier interrogatoire de police, il y a violation du droit à un procès équitable, sans qu'il faille regarder plus avant quelle utilisation a été faite des déclarations recueillies sans la présence d'un avocat ;
- si, par contre, la législation interne prévoit la possibilité d'être assisté d'un avocat dès le premier interrogatoire, mais que tel n'a pas été le cas, il convient alors de vérifier quel effet ces déclarations ont eu sur la suite de la procédure et, en fonction de l'utilisation qui en aura été faite, il conviendra de conclure ou non à la violation du droit à un procès équitable.

Sous-section 2

Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation

122. La Cour de cassation a énoncé, à l'occasion d'un arrêt du 10 avril 2012, que l'irrecevabilité des poursuites n'est pas la seule sanction possible d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat et qu'il peut être conclu à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention, notamment s'il apparaît que les déclarations initiales consenties sans cette assistance n'ont pas été utilisées dans la suite de la procédure⁶⁴.

123. Cette jurisprudence a été confirmée à l'occasion d'arrêts ultérieurs, qui ont par ailleurs davantage précisé la position de la Cour de cassation. Elle a ainsi considéré⁶⁵ que « les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont,

⁶³ C.E.D.H., 23 juin 2011, *Zdravko Petrov c. Bulgarie*.

⁶⁴ Cass., 10 avril 2012, R.G. n° P12.0604.F.

⁶⁵ Cass., 27 novembre 2012, R.G. n° P12.1204.N ; en ce sens également Cass., 8 janvier 2013, R.G. n° P12.0154.N.

en principe, violés lorsqu'un suspect fait des déclarations au cours d'une audition par la police ou par le juge d'instruction ou lors de la reconstitution, sans avoir la possibilité d'être assisté d'un avocat. De cette circonstance ne résulte pas automatiquement l'impossibilité définitive d'examiner de manière équitable la cause d'un suspect, ensuite prévenu ou accusé. Lorsque le juge n'utilise pas les déclarations à titre de preuve déterminante, qu'il n'a manifestement pas été fait usage d'abus ou de contrainte et que le prévenu ou l'accusé ne s'est pas trouvé dans une position vulnérable au moment de l'audition et durant l'instruction ou qu'une solution effective et adaptée a été apportée à la position vulnérable du prévenu ou de l'accusé, le caractère équitable du procès reste garanti.»

124. La Cour de cassation considère par ailleurs qu'il appartient au juge, à la lumière des éléments concertés de la cause, de vérifier si le défendeur d'assistance d'un avocat au cours d'une audition par la police ou par le juge d'instruction a irrémédiablement porté atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de défense⁶⁶.

125. La jurisprudence de la Cour de cassation implique donc qu'il faille rechercher, en fonction des circonstances de la cause, si en l'espèce le manquement au droit à la consultation préalable ou à l'assistance d'un avocat (ou n'a pas) eu une influence sur la suite du procès et si elle a irrémédiablement compromis le caractère équitable de celui-ci.

126. Tel sera notamment le cas lorsque ces déclarations auront été utilisées pour justifier une condamnation à l'encontre de la personne qui a fait ces déclarations.

Conclusion

127. Si tout le monde s'accorde en général à dire que le droit à l'assistance d'un avocat constitue une avancée importante dans l'exercice des droits de la défense, lesquels sont indispensables pour qu'une justice digne de ce nom puisse intervenir, on ne peut qu'être frappé par le peu de cas qui est finalement fait en cas de non-respect de ce droit.

128. En résumé, l'on peut, dans l'état actuel de notre droit de la procédure pénale, conclure, concernant la question des nullités liées à la violation des droits garantis par la législation *Salduz*, que :

- le mandat d'arrêt qui est délivré à l'encontre d'une personne qui n'a pas été assistée d'un avocat n'est pas irrégulier pour ce seul motif, à moins

que l'arrêt précité de la Cour de cassation du 18 juin 2013 n'annonce un revirement de jurisprudence sur ce point⁶⁷ ;

- des auditions effectuées sans assistance d'un avocat n'ont pas pour effet de compromettre, pour ce seul motif, le caractère équitable du procès ;
- dans cette hypothèse, l'ensemble du déroulement de la procédure doit être pris en considération pour apprécier s'il y a eu ou pas violation du droit à un procès équitable, notion floue s'il en est ;
- la seule sanction véritable réside en fait dans l'interdiction qui est faite d'utiliser comme preuve des propos incriminants tenus par une personne en méconnaissance de son droit à consulter ou à être assistée d'un avocat. Et encore, cette sanction ne concerne-t-elle que les premières auditions faites par cette personne antérieurement à son placement en détention préventive.

129. On ne peut que regretter la tendance actuelle à prévoir des règles de procédure pénale, plus ou moins élaborées, auxquelles aucune sanction ne s'attache, en cas de non-respect de celles-ci. Elles s'apparentent dans ces conditions plus à des « règles de bonnes conduites » dont la méconnaissance n'est pas sanctionnée.

130. Cette tendance est regrettable car la procédure pénale est destinée à protéger les droits fondamentaux des citoyens. En outre, elle participe à créer une insécurité juridique importante, dès lors qu'il est difficile d'anticiper la sanction qui sera en définitive réservée à la méconnaissance des règles en vigueur.

131. Les seules évolutions notables à attendre semblent en définitive provenir non pas de Strasbourg mais bien de l'impact des dispositions de droit communautaire européen.

⁶⁶ Cass., 27 novembre 2012, R.G. n° P.12.1204.N.

⁶⁷ Voy. *supra*, points 58 et s.