

Observations

La réception des arrêts Salduz et Dayanan de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation

L'arrêt Salduz

1. La présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect a déjà fait couler beaucoup d'encre. Sans avoir la prétention de vouloir résumer les tenants et aboutissants de ce sujet d'une brûlante actualité¹, nous rappellerons que c'est l'arrêt Salduz c./ Turquie prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 27 novembre 2008 qui a servi de détonateur à cette polémique². Dans cet arrêt, la Cour strasbourgeoise, s'arc-boutant sur sa jurisprudence antérieure³, énonce que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police. La Cour ajoute que ce droit, que la Convention ne mentionne pas expressément, peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Dit en d'autres termes, les juges de Strasbourg réaffirment le droit, certes non absolu, pour tout accusé à être effectivement défendu par un avocat. Rien de nouveau sous le soleil serait-on tenté d'écrire.

2. L'innovation se situe ailleurs lorsque la Cour expose qu'un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles elle prête une attention particulière. En effet, c'est notamment en ayant égard à cette garantie que la Cour examine si une procédure respecte le principe de l'égalité des armes entre les autorités d'enquête ou de poursuite et l'accusé mais encore le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit d'être protégé contre toute coercition abusive. La Cour insiste également sur le fait que le droit de tout détenu à l'obtention de conseils juridiques constitue une garantie fondamentale contre les mauvais traitements.

3. Vient ensuite le point d'orgue de l'arrêt Salduz lorsque la Cour conclut que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, paragraphe premier, de la Convention impose, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit.

1. Voy. à ce sujet : A. JACOBS, " Un bouleversement de la procédure pénale en vue : la présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect ? ", cette revue, 2009, p. 202-204 ; M.A. BEERNAERT, " Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police ", *R.D.P.*, 2009, p. 971-988 ; A. KETELS, " L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire ", *R.D.P.*, 2009, p. 989-1012 ; B. DUFOUR, " Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la phase préparatoire entre droit absolu et relatif ", *J.T.*, 2009, p. 529-535 ; L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, " Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden ? ", *T. Strafr.*, 2009, p. 212-219 ; T. DECAIGNY et J. VAN GAVER, " Salduz : Nemo tenetur en meer ... ", *T. Strafr.*, 2009, p. 201-212 ; T. DECAIGNY, " De bijstand van een advocaat bij het verhoor ", *T. Strafr.*, 2010, p. 4-17.

2. C.E.D.H., 27 novembre 2008, cette revue, 2009, p. 196, obs. A. JACOBS ; *J.D.J.*, 2009, p. 31, note B. VAN KEIRSBLICK ; *NjW*, 2009, p. 24, note S. BOUZOMITA ; *T. Strafr.*, 2009, p. 36.

3. L'arrêt Salduz se situe dans une évolution constante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui estime que les exigences de l'article 6.3 de la Convention peuvent « jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès » (C.E.D.H., *Imbrioscia c./ Suisse*, 24 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 495). Dans son arrêt *Murray c./ Royaume-Uni* du 8 février 1996, la Cour précisera que « Une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure. En pareil cas, l'article 6 exige notamment que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de la police. Ce droit, que la Convention n'énonce pas expressément peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Il s'agit de savoir dans chaque cas si, à la lumière de l'ensemble de la procédure, la restriction a privé l'accusé d'un procès équitable » (sur cet arrêt voy. aussi les commentaires de I. WATTIER, " Le droit de garder le silence, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit à l'assistance d'un avocat ", *R.D.P.*, 1996, p. 960-967 ; M. NÈVE et A. SADZOT, " Le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure ", cette revue, 1997, p. 465).

Pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit cependant pas indûment préjudicier le droit découlant pour l'accusé de l'article 6 de la Convention. La Cour n'en demeure pas à ce constat puisqu'elle ajoute de manière claire et précise qu'il est, en principe, porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. Ainsi, dans l'affaire qui lui était soumise, la Cour a estimé que le droit interne qui, sur une base systématique, refuse au requérant l'accès à un avocat, suffit déjà en soi à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention.

4. Cet arrêt n'a pas manqué de donner lieu à des interprétations divergentes. Parmi les diverses interrogations suscitées par l'arrêt *Salduz*, il y en est une qui s'est rapidement avérée fondamentale. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme s'est abstenue de définir expressément ce que recouvrait le « droit à l'assistance d'un avocat ». Ce sujet a laissé place à un affrontement entre deux thèses. La première, qualifiée de « minimaliste » ou de « statique » consiste à retenir que la Cour strasbourgeoise consacre le droit à la consultation d'un avocat avant les premiers interrogatoires qui suivent la privation de liberté. La seconde, qualifiée de « maximaliste » ou de « dynamique » retient que la Cour assure le droit, à la personne privée de sa liberté, de bénéficier de l'assistance d'un avocat au cours de ses interrogatoires⁴. Un éclaircissement sur ce point était nécessaire.

L'arrêt Dayanan

5. Il n'a pas fallu un an pour que la Cour européenne des droits de l'homme tranche définitivement cette polémique. Dans son arrêt *Dayanan c./ Turquie* du 13 octobre 2009⁵, la Cour prend résolument partie pour la thèse « maximaliste » quand elle énonce qu'un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit. La Haute Cour poursuit que l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer.

Dans cette même affaire, où le sieur *Dayanan* n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un conseil lors de sa garde à vue parce que le droit turc applicable à l'époque y faisait obstacle, la Cour européenne des droits de l'homme prend soin de rappeler qu'en soi une telle restriction, qui n'est pas justifiée par des raisons impérieuses liées aux circonstances de la cause, suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention et elle ajoute que ce manquement n'est pas neutralisé par le fait que le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue. Cette jurisprudence, déjà répétée par la Cour⁶, a fait écrire à M.A. BEERNAERT et TH. MOREAU, à

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

5. C.E.D.H., 13 octobre 2009, cette revue, 2009, p. 1937, et obs. M. NÈVE, " La présence de l'avocat dès l'arrestation : un pas de plus " ; *N.C.*, 2010, p. 69 ; voy. encore sur ce point l'opinion du juge ZAGREBELSKY qui suit l'arrêt *Salduz* et qui retient que « l'importance des interrogatoires est évidente dans le cadre de la procédure pénale, de sorte que, comme l'arrêt le souligne, l'impossibilité de se faire assister d'un avocat pendant les interrogatoires s'analyse, sauf exceptions, en une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable » ; voy. aussi l'opinion du juge BRATZA qui suit ce même arrêt *Salduz* : « Comme le juge ZAGREBELSKY, je considère que la Cour aurait dû saisir l'occasion pour dire clairement que l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire ».

6. Voy. C.E.D.H., 2 mars 2010, cette revue, p. 714 ; C.E.D.H., *Yesilkaya c./ Turquie*, 8 décembre 2009 ; C.E.D.H., *Boz c./ Turquie*, 9 février 2010.

propos, il est vrai, d'un arrêt qui se solde par un constat d'irrecevabilité⁷ en raison de l'acquiescement du requérant mais qui est toutefois on ne plus éloquent, « qu'elle oblige clairement (...) à déclarer irrecevables toutes les poursuites pour lesquelles les accusés ne se voient pas offrir l'assistance d'un avocat dès le début de leur privation de liberté »⁸.

La position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt annoté

6. Ce bouleversement procédural⁹ n'a pas tardé à franchir les portes de la Cour de cassation. L'arrêt annoté se situe dans la droite ligne de la jurisprudence développée par la Cour en matière de détention préventive¹⁰. Il présente, toutefois, la double particularité de se prononcer à propos d'une décision rendue par une juridiction de fond¹¹, en l'occurrence la cour d'assises, et d'être assez longuement motivé.

7. Les faits de la cause peuvent rapidement être résumés de la manière suivante : à l'ouverture de la session d'assises, l'accusé déposa des conclusions par lesquelles il sollicitait que les poursuites soient déclarées irrecevables faute pour lui d'avoir été assisté d'un avocat dès sa première audition. La cour d'assises par un arrêt avant dire droit rejeta cette défense et poursuivit les débats. Après avoir été condamné à la réclusion à perpétuité du chef notamment d'assassinat et de tentative d'assassinat, l'accusé se pourvut en cassation faisant à nouveau valoir comme moyen la violation de son droit à un procès équitable à défaut d'avoir pu être assisté par un avocat lors de ses différentes auditions par la police et dans le cabinet du juge d'instruction.

8. D'emblée, la Cour de cassation observe, d'une part, que les dispositions relatives à la loi sur la détention préventive ne prévoient pas la présence d'un avocat aux côtés de la personne gardée à vue et que, d'autre part, le secret imposé par les articles 28quinquies, paragraphe premier, alinéa premier – pour la phase de l'information – et de l'article 57, paragraphe premier, alinéa premier – pour la phase de l'instruction – font, en principe, obstacle à la présence de l'avocat.

La Cour de cassation se devait de poursuivre son analyse. En effet, sans ambiguïté, la Cour européenne des droits de l'homme juge qu'une restriction systématique pour une personne privée de sa liberté au bénéfice de l'assistance d'un avocat en application des règles de droit interne suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, sauf à démontrer que cette restriction se justifie par des raisons impérieuses liées aux circonstances particulières de la cause.

La Cour de cassation transcende, dès lors, son raisonnement et indique que ni la loi sur la détention préventive, ni le secret imposé au stade de l'information et de

7. C.E.D.H., 2 mars 2010, cette revue, p. 714 (le requérant avait été acquitté par les juridictions belges ce qui a évité à la Belgique une condamnation. En effet, dans ce cas la Cour estime qu'à la suite d'un acquiescement ou de l'annulation de la condamnation, le requérant ne peut pas être considéré comme « victime » des droits garantis par l'article 6 de la Convention).

8. M.A. BEERNAERT et TH. MOREAU, " L'accès à l'avocat dès les premiers interrogatoires de police : chronique d'une condamnation annoncée de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme ", observations sous C.E.D.H., 2 mars 2010, cette revue, p. 720.

9. Pour reprendre l'expression d'A. JACOBS, " Un bouleversement de la procédure pénale en vue : la présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect ? ", cette revue, 2009, p. 202-204.

10. Voy. notamment Cass., 11 mars 2009, cette revue, 2009, p. 892 ; Cass., 13 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 74 et conclusions de D. VANDERMEERSCH ; voy. aussi : O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSSEN, *La détention préventive*, Anthémis, Collection criminalis, 2010, p. 10-13.

11. Voy. aussi Cass., 26 mai 2010, P.10.0292.F qui rejette le pourvoi dirigé contre Liège, 12 janvier 2010, cette revue, p. 454 ; cet arrêt de la Cour de cassation est motivé de la manière suivante : « L'arrêt (de la cour d'appel) répond à la défense (...) en relevant, d'une part, que l'absence de l'avocat n'entraîne d'autre conséquence que le rejet des déclarations auto-accusatrices du suspect, et d'autre part, que de telles déclarations n'existent pas en l'espèce, le demandeur ayant toujours contesté son implication dans un trafic de stupéfiants. Ces motifs ne violent pas les articles 5.1, 6.1 et 6.3 c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et permettent au demandeur de comprendre pourquoi les juges d'appel ont refusé d'annuler ses auditions comme de déclarer les poursuites irrecevables ».

l'instruction ne violent, *ipso facto*, le droit à un procès équitable. La raison en est double. La première doit être recherchée dans l'ensemble des garanties légales fournies à l'inculpé pour assurer le respect de ses droits de défense. La seconde résulte de la vérification de l'interprétation donnée par le demandeur à l'article 6 de la Convention au regard du principe constitutionnel de la légalité de la procédure pénale. *In casu*, la Cour de cassation estime, sur la base des constatations de l'arrêt attaqué¹² que l'absence pour l'accusé du bénéfice de l'assistance d'un avocat n'a pas pu vicier l'ensemble de la procédure.

Les garanties légales fournies à l'inculpé

9. Certes, et la Cour de cassation les énonce¹³, tant la loi sur la détention préventive que les dispositions du code d'instruction criminelle qui sont le résultat de la réforme FRANCHIMONT, offrent des garanties fondamentales à un suspect qui participe indéniablement au caractère équitable d'un procès. Cependant, à notre humble avis, elles se situent en deçà des exigences strasbourgeoises qui imposent que l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir, dès qu'il est privé sa liberté, toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil¹⁴. Il nous paraît donc vain de vouloir rechercher dans le droit interne des justifications permettant de fonder le caractère équitable de la procédure dès l'instant où ce qui est dénoncé par la Cour européenne des droits de l'homme et jugé contraire à l'article 6 de la Convention c'est la privation, de manière systématique, pour la personne arrêtée, du bénéfice du droit à l'assistance d'un avocat. Par ailleurs, s'il est vrai que le caractère équitable de la procédure s'apprécie, en règle, de manière globale, il ne peut être perdu de vue qu'un incident spécifique survenu au cours du déroulement de la procédure peut constituer un manquement tel que sa méconnaissance suffit à conclure à une violation des exigences imposées par l'article 6 de la Convention¹⁵. Tel est sans nul doute le cas lorsqu'il est porté atteinte au droit à l'assistance d'un avocat¹⁶.

Cette première justification nous laisse, dès lors, quelque peu perplexe.

Le respect du principe de légalité de la procédure pénale et ...

10. La seconde justification recourt au principe de légalité de la procédure pénale garanti par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution. Ce principe est défini par la Cour constitutionnelle de la manière suivante :

« En attribuant au pouvoir législatif la compétence, d'une part, de déterminer dans quels cas et dans quelle forme des poursuites pénales sont possibles, d'autre part, d'adopter la loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée, les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution garantissent

12. Soit que le demandeur n'a consenti aucune déclaration auto-accusatrice pendant sa garde à vue ; qu'avant sa première audition par la gendarmerie française, il a renoncé expressément à l'assistance d'un avocat telle que prévue par l'article 63-4 du code de procédure pénale français ; que l'intéressé a été assisté d'un avocat dès sa comparution devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai et pendant les deux années de sa détention préventive ; que le demandeur n'a jamais été contraint de s'incriminer lui-même mais s'est toujours exprimé librement ; sur la renonciation au droit à l'assistance d'un conseil, voy. C.E.D.H., Savas c./ Turquie, 8 décembre 2009, arrêt dans lequel la Cour ne rejette pas la possibilité de renoncer au droit à l'assistance d'un conseil mais considère que les juges du fond auraient dû effectuer un contrôle scrupuleux pour déterminer si la renonciation à l'assistance d'un conseil était dénuée d'équivoque ; comparez aussi avec C.A., n° 59/2001, 8 mai 2001.

13. Voy. le point 5 de l'arrêt annoté.

14. Voy. aussi A. KETELS, " L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire ", *R.D.P.*, 2009, p. 1002, qui écrit que les garanties conférées au suspect par le droit belge « sont loin d'offrir (à celui-ci) un contrepoids lui permettant d'être moins vulnérable face à des interrogatoires qui constituent des éléments orientant de manière décisive l'ensemble de la procédure pénale et son issue ».

15. Voy. F. KUTY, Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice, Larcier, volume I, 2006, p. 270.

16. Voy. les arrêts C.E.D.H., Salduz et Dayanan précités ; voy. aussi, R. MOLDERS, " Pour l'assistance de l'avocat au stade de l'information pénale ", *J.T.*, 2009, p. 118.

à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable ni qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu des règles adoptées par une assemblée délibérante démocratiquement élue »¹⁷.

... la hiérarchie des normes

11. Cette approche mérite réflexion. En effet, elle permet, par l'interposition du principe constitutionnel de légalité, de résister à l'interprétation claire¹⁸ donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article 6 de la Convention qui, faut-il le rappeler, est une disposition internationale directement applicable. Une telle attitude ne prend-elle pas le contre-pied, d'une part, de la position adoptée par le procureur général J. VELU qui, dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1992, défendait une conception moniste des relations entre le droit interne, en ce compris la Constitution, et le droit international¹⁹ et, d'autre part, de la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur le sujet qui retient que « la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution »²⁰ ?

En outre, en énumérant les garanties légales à la lumière desquelles la Cour de cassation estime qu'il ne peut pas, de manière automatique, être conclu à une impossibilité de juger équitablement la personne entendue sans avocat, la Cour ne procède-t-elle pas, à tout le moins indirectement, à un contrôle de constitutionnalité des dispositions légales énoncées par le biais de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution en tant qu'il impose au juge de ne pas modifier les formes assignées aux poursuites pénales par la loi ?

Par ailleurs, l'interdiction faite aux juges de modifier les formes assignées aux poursuites pénales par la loi est-elle à ce point dirimante ? D'aucuns²¹, non sans pertinence, n'ont pas manqué d'observer qu'après certaines tergiversations, la Cour de cassation, confrontée aux enseignements de l'arrêt Taxquet c./ Belgique de la Cour européenne des droits de l'homme²² – qui imposait l'obligation pour la cour d'assises de motiver le verdict de culpabilité, ce qui n'était pas organisé par le droit interne de l'époque – a, sans attendre l'intervention du législateur, cassé plusieurs arrêts non

17. C.A., 4 mai 2003, cette revue, 2003, p. 1076 ; voy. également sur cette question E. DEGRAVE, " La légalité pénale et la Cour d'arbitrage ", *J.T.*, 2006, p. 477-489.

18. Interprétation qui, au demeurant, ne restreint pas la protection nationale des droits de l'homme ; voy. à ce sujet l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme ; S. VAN DROOGHENBROECK et O. DE SCHUTTER, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, p. 90 ; sur l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme voy. : T. DECAIGNY et J. VAN GAVER, " Salduz : *Nemo tenetur in meer* ... ", *T. Strafr.*, 2009, p. 206-207 ; voy. aussi F. KRENC, " L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ", in *L'effet de la décision de justice : contentieux européen, constitutionnel, civil et pénal*, Formation permanente CUP, Anthémis, 2008, vol. 102, p. 12-20.

19. J. VELU, " Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités ", *J.T.*, 1992, p. 729-741 et 749-761.

20. Cass., 9 novembre 2004, *J.T.*, 2004, p. 856 ; *R.D.P.*, 2005, p. 789, note M.F. RIGAUX ; Cass, 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 550, et conclusions de P. DUINSLAEGER qui retient « il faut encore constater que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution » ; dans son arrêt du 14 avril 1983, la Cour de cassation a encore consacré la primauté des interprétations données à la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme (Cass., 14 avril 1983, 1983, *Pas.*, 1983, p. 866, et conclusions de J. VELU) ; la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même consacré la primauté de la Convention sur les constitutions nationales (voy. par exemple C.E.D.H., Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie, 30 janvier 1998) ; sur toutes ses questions voy. : J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, " Traité international et Constitution nationale ", *R.C.J.B.*, 2007, p. 42-90.

21. M.A. BEERNAERT et TH. MOREAU, " L'accès à l'avocat dès les premiers interrogatoires de police : chronique d'une condamnation annoncée de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme ", obs. sous C.E.D.H., 2 mars 2010, cette revue, p. 720, note 10 ; J. VAN MEERBEECK, " Le droit à l'assistance d'un avocat à l'aune de la jurisprudence Salduz : le pouvoir judiciaire entre Charybde et Scylla. Après l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 2010 ", *J.T.*, 2010, p. 383.

22. C.E.D.H., Taxquet c/ Belgique, 13 janvier 2009, cette revue, 2009, p. 204 ; comparer avec C.E.D.H., Lamy c/ Belgique, 30 mars 1989, cette revue, 1989, p. 682 et note A. JACOBS qui condamnait l'interprétation jurisprudentielle de la loi qui faisait interdiction à l'inculpé d'avoir accès à son dossier pendant les trente premiers jours de détention, et Cass., 10 mai 1989, cette revue, 1989, p. 702 ; *J.T.*, 1989, p. 330 ; *Pas.*, 1989, p. 948 ; *R.D.P.*, 1989, p. 780, note J.S. qui retient que l'article 5, paragraphe 4, de la Convention européenne des droits de l'homme suppose une procédure qui offre au conseil de l'inculpé détenu la possibilité d'obtenir, en vue de la première comparution devant la chambre du conseil, communication des pièces relatives à la confirmation du mandat d'arrêt.

motivés de cours d'assises pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²³.

Une lacune législative ou un vide législatif ?

12. Le parallèle fait sur ce point avec les arrêts lacunes de la Cour constitutionnelle est intéressant²⁴. Nous rappellerons brièvement que, lorsque la Cour constitutionnelle constate une lacune législative, dans le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, il ne lui appartient pas de la combler. En effet, la Cour observe que « c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution »²⁵. Cette lacune qualifiée de « lacune intrinsèque » – c'est-à-dire « contenue dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme – et cette norme-là, et donc non une quelconque autre norme législative – ne s'applique pas à des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme »²⁶ – peut être comblée par le juge²⁷. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 octobre 2008, rendu en audience plénière, a retenu que « lorsque la Cour constitutionnelle constate qu'en raison d'une lacune, une disposition légale en matière de procédure pénale viole les articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au juge pénal, pour autant que possible, de combler cette lacune. Cette possibilité dépend de la nature de l'omission. Si le comblement de la lacune requiert un régime procédural totalement différent, le juge ne peut se substituer au législateur. Mais s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en se bornant à compléter la disposition légale, de sorte qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et le devoir de le faire »²⁸.

La Cour de cassation a encore affiné sa jurisprudence en indiquant que « le juge ne peut pallier cette lacune que si celle-ci le permet. Ainsi, il peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. En revanche, il ne peut se substituer au législateur si la lacune est telle qu'elle exige nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales »²⁹. Ce type de lacune est alors qualifiée de « simple » ou d'« extrinsèque » ; dans cette hypothèse la lacune ne provient pas « du

23. Voy. aussi D. VANDERMEERSCH, conclusions sous Cass., 13 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 75 ; voy. aussi les initiatives, notamment relayées par la presse écrite, prises par les barreaux et tribunaux de Marche-en-Famenne, Mons et Eupen.

24. D. VANDERMEERSCH, conclusions sous Cass., 13 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 75.

25. C.C., arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008 ; C. C., n° 37/2009, du 4 mars 2009 qui cite C.E.D.H., 29 novembre 1991, Vermeire c./ Belgique, paragraphe 25, et Cass., 14 octobre 2008, P. 08.1329.N ; C.C., arrêt n° 74/2009 du 5 mai 2009.

26. M. MELCHIOR et C. COURTOY, " L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle ", *J.T.*, 2008, p. 670.

27. M. TRAEST, " Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof ", *R.W.*, 2008-2009, p. 306 à 315.

28. Cass., 14 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 755 et obs. de B. DEJEMEPPE ; cet arrêt fait suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 111/2008 du 31 juillet 2008, qui retient que l'article 416, alinéa 2, du code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas un recours immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui contrôle, sur la base du dossier confidentiel, la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration en application des articles 189ter ou 235ter du code d'instruction criminelle ; comparer avec la position prise par la Cour de cassation le 12 août 2008 (*N.C.*, 2008, p. 362, et note de M. DE SWAEF), arrêt dans lequel elle estimait ne pouvoir combler la lacune.

29. Cass., 3 novembre 2008, S.07.0013.N ; Cass., 12 décembre 2008, C.07.0642.N.

contenu de la norme contrôlée mais de l'absence d'une norme comparable »³⁰ susceptible d'être appliquée à des sujets de droit se trouvant dans une même situation, par rapport à d'autres, et qui, en raison de cette lacune, sont discriminés. En somme, à la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge doit combler une lacune intrinsèque. En revanche, il devra s'abstenir de combler une lacune extrinsèque³¹. Dès lors, s'il s'impose de distinguer le « vide législatif » ou « lacune intrinsèque » de la « lacune législative » ou « lacune extrinsèque »³² car c'est précisément cette distinction qui détermine la compétence du juge de renvoi, *in casu*, on peut légitimement se demander, au regard de la jurisprudence claire de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'assistance de l'avocat, de quelle marge de manœuvre dispose encore le législateur. Dans cette hypothèse, et sauf à suivre la Cour de cassation qui maintient, pour l'heure, son affirmation que les arrêts prononcés par la Cour strasbourgeoise sur l'accès à un avocat sont « imprécis », n'est-il pas d'usage de combler la lacune³³ ?

Vers un contrôle de conventionnalité ?

13. En poursuivant notre réflexion, on peut encore se demander si la Cour de cassation ne risque pas de se heurter à un « contrôle de conventionnalité »³⁴ ? En effet, en estimant que les dispositions législatives énumérées dans son arrêt devant permettre de garantir l'équité du procès doivent être lues au travers du prisme de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, la Cour de cassation ne devra-t-elle pas poser le constat que le principe constitutionnel de légalité est également garanti par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Nous rappelons que, dans ce cas de figure, lorsque le juge judiciaire ou administratif doit examiner si une norme législative est compatible avec une disposition de droit international ayant un effet direct et dont le contenu est identique à un droit ou une liberté garanti par le titre II de la Constitution, il naît un « concours de droits fondamentaux »³⁵ susceptible de per-

30. M. MELCHIOR et C. COURTOY, " L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle ", *J.T.*, 2008, p. 670.

31. Voy., par exemple, Cass., 2 septembre 2009, *J.T.*, 2009, p. 709, et conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH qui rappelle, en matière d'annulation, qu'il n'appartient aux juridictions répressives de combler la lacune ayant justifié sa censure que si la loi et l'interprétation qui la rend valide peuvent être appliquées sans violation d'une autre disposition constitutionnelle, conventionnelle ou légale. Il faut, en outre, que le juge ne se trouve pas confronté, en cherchant à combler cette lacune, à des choix qu'il appartiendrait au seul législateur d'opérer.

32. Sur cette délicate question voy. : J.-CL. SCHOLSEM, " La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives ", in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, La Chartre, 2006, p. 223-236 ; B. RENAULD, " Lacune législative et devoir de juge ", cette revue, 2006, p. 635 ; P. POPELIER, " De beoordeeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling ", *R.W.*, 1996-1997, p. 1249-1252 ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruylant, 2008, p. 219-220 ; A. HENKES, conclusions sous Cass., 12 août 2008, P.08.1065.N.

33. Voy. sur ce point l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le pourvoi immédiat contre un arrêt prononcé par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235ter du code d'instruction criminelle : Cass., 12 août 2008, *N.C.*, 2008, p. 362, et la note de DE SWAEF, " De contrôle van de bijzondere opsporingsmethoden : een never ending story " ; comparer avec Cass., 2 septembre 2008, RG P.08.1317.N, sur conclusions contraires de l'avocat général DE SWAEF qui s'était expressément référé à l'arrêt de la Cour du 12 août 2008 ; Cass., 14 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 755, note B. DEJEEMPEPE ; *N.C.*, 2008, p. 458, conclusions M. TIMPERMAN ; voy. aussi N. VAN DER ECKEN, " Le contrôle des méthodes particulières de recherche par la chambre des mises en accusation : fin de la ' saga ' ? ", note sous Cass., 14 octobre 2008, *R.D.P.*, 2009, p. 97-107.

34. Sur ce point voy. notamment F. MEERSSCHAUT, " De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet ", note sous Cass., 19 mars 2004, *T.B.P.*, 2005, p. 50 ; M.-F. RIGAUX, " Quand la Cour de cassation arbitre ", note sous Cass., 9 novembre 2004, *R.D.P.*, 2005, p. 813 et 817.

35. Ce concours de droits fondamentaux est la conséquence, d'une part, de l'arrêt de la Cour de cassation Franco-Suisse *Le Ski* qui, pour rappel, retient que « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir » (Cass., 27 mai 1971, *J.T.*, 1971, p. 460-467, avec les conclusions de GANSHOF VAN DER MEERSCH) et, d'autre part, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui a désigné la Cour constitutionnelle comme seule compétente pour évaluer la loi et les normes assimilées au regard des droits et libertés garantis par la Constitution.

mettre soit un contrôle centralisé au regard des droits garantis par la Constitution – apanage de la seule Cour constitutionnelle – soit un contrôle diffus qui permet aux juges judiciaires ou administratifs³⁶ de vérifier la conformité de la norme législative querellée par rapport à la disposition de droit international conventionnel qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne³⁷. A la suite de l'extension des compétences de la Cour constitutionnelle au titre II de la Constitution, il est arrivé que, saisie d'un moyen alléguant d'une violation d'un droit fondamental garanti par la Constitution et par une disposition de droit international, la Cour de cassation procède exclusivement à un « contrôle de conventionnalité » et estime qu'un contrôle de la loi au regard de la Constitution n'est pas pertinent³⁸.

Or, dès après l'adoption de la loi spéciale du 9 mars 2003, la Cour, qui était toujours nommée d'arbitrage, a considéré que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles (du titre II), les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination. Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170 (principe d'égalité devant l'impôt), 172 (principe de la légalité de l'impôt) ou 191 (protection des étrangers) de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »³⁹. La Cour constitutionnelle affirme, de telle façon, que les droits fondamentaux garantis par la Constitution et une disposition conventionnelle de droit international sont indissociables⁴⁰.

Cette position de la Cour constitutionnelle a été avalisée par le législateur. En effet, depuis la modification par une loi du 12 juillet 2009 de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage⁴¹, il est prévu, en règle, que lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visé à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti totalement ou partiellement de manière analogue par la Constitution et une disposition de droit européen ou de droit international, cette juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle relative à la conformité de la norme contrôlée avec le titre II de la Constitution. De ce fait, le législateur impose un ordre dans lequel les contrôles doivent s'opérer et réaffirme la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle pour l'interprétation des normes législatives au regard de la Constitution.

36. A propos du Conseil d'Etat, voy., toutefois, J. VELAERS, " Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux ", in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, La Charte, 2006, p. 134 et 135, et la jurisprudence citée.

37. Sur l'ensemble de cette question, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 121 à 149. Les conclusions de ce rapport inspireront au demeurant la proposition de loi spéciale déposée par H. VANDENBERGHE (*Doc. parl.*, Sénat, session 2007-2008, 4-12/4, p. 2) qui donnera naissance à la loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

38. Cass., 9 novembre 2004, *Rev. b. dr. const.*, 2005, p. 533; *R.D.P.*, 2005, p. 789, note de M. RIGAUX ; *T.B.P.* 2005, p. 43, note de F. MEERSCHAUT ; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1802, conclusions du ministère public ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36 et 40, note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU ; *R.D.P.*, 2005, p. 665, note C. DE VALKENEER.

39. C.A., n° 136/2004, du 22 juillet 2004, *NjW*, 2004, p. 1274, note S. LUST ; *R.W.*, 2004-2005, p. 582, note I. VAN GIEL ; C.A., 21 décembre 2004, *R.D.P.*, 2005, p. 629, note H.-D., BOSLY ; *R.W.*, 2004-2005, p. 1290, note S. VANDROMME et C. DE ROY ; C.A., n° 16/2005, du 19 janvier 2005.

40. J. VELAERS, " Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen ", *T.B.P.*, 2005, p. 297-318.

41. Loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

La discrimination à l'égard des autres parties

14. Enfin, il nous paraît que toute comparaison entre le suspect et les autres parties au procès est sans pertinence dès l'instant où la Cour européenne des droits de l'homme entend permettre à la personne privée de sa liberté de pouvoir compter sur l'assistance d'un avocat. Le caractère équitable de la procédure s'apprécie, dès lors, à l'aune de l'arrestation ; c'est à ce moment précis de la procédure que l'accusé doit pouvoir bénéficier de toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil⁴². Ce n'est qu'ultérieurement que se posera la question de la présence de l'avocat à d'autres actes de l'information ou de l'instruction tels les autres auditions, les reconstitutions, les perquisitions etc.⁴³ pour l'ensemble ou non des parties.

Une voie médiane: la rupture de la chaîne de causalité⁴⁴

15. Si les justifications avancées par la Cour de cassation pour retenir que les garanties conférées à la personne arrêtée tant par la loi sur la détention préventive que par le code d'instruction criminelle ne violent pas le droit à un procès équitable nous laissent quelque peu sceptique, ne faudrait-il pas, à défaut d'assurer l'accès immédiat à un avocat dès l'arrestation, s'engager dans une voie médiane, qui se situe entre l'irrecevabilité des poursuites et le refus d'écarter des déclarations auto-accusatrices ?⁴⁵ A suivre cette voie, si un individu a fait, dès sa privation de liberté et en l'absence de la présence d'un avocat, des déclarations incriminantes au cours de ses interrogatoires soit devant la police, soit devant le juge d'instruction, celles-ci devront immanquablement être écartées par le juge du fond et elles ne pourront servir de base à une condamnation⁴⁶. Il ne pourra être question pour le juge répressif de « sauver cette preuve illicite » par une application du « test Antigone »⁴⁷ puisqu'il a été décidé par la Cour européenne que la privation du bénéfice de l'assistance d'un conseil constitue inévitablement une violation de l'article 6 paragraphe 3 c, de la Convention européenne des droits de l'homme. La question de la recevabilité des poursuites ne pourra être exclue si celles-ci découlent exclusivement des interrogatoires de la personne privée de sa liberté sans qu'elle n'ait eu accès à un avocat. De deux choses l'une, ou, à l'examen des éléments de la cause, il sera constaté que les déclarations litigieuses sont à la base des poursuites et, dans ce cas, c'est l'ensemble de la procédure qui

42. Voy. C.E.D.H., *Güvenilir c/ Turquie*, 13 octobre 2009 dans lequel la Cour indique : « Il est vrai que le requérant a bénéficié de l'assistance d'un avocat lors de son procès et qu'il a pu combattre les arguments de l'accusation. Il ressort toutefois du dossier que l'enquête a été en grande partie effectuée au cours de la garde à vue en l'absence d'avocat. Il est donc clair en l'espèce que le requérant a été personnellement touché par les restrictions apportées à la possibilité pour lui d'avoir accès à un avocat, puisque les preuves recueillies par la police lors de sa garde à vue ont servi de fondement à sa condamnation. Ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'ont pu porter remède à l'absence d'un avocat pendant la garde à vue. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de spéculer sur l'impact qu'aurait eu sur l'aboutissement de la procédure la possibilité pour le requérant de se faire assister par un avocat pendant sa garde à vue. En conclusion, l'impossibilité pour le requérant 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 » (c'est nous qui soulignons).

43. Dans le même sens : A. KETELS, " L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire ", *R.D.P.*, 2009, p. 1008.

44. Voir CEDH, *Gäffen c/ Allemagne*, 1 juin 2010 ; voy. notre note subpaginale n° 51 *infra*.

45. C'est cette tendance qui semble se dégager de la jurisprudence des juges du fond : voy. sur ce point les observations critiques de M.A. BEERNAERT et TH. MOREAU, " L'accès à l'avocat dès les premiers interrogatoires de police : chronique d'une condamnation annoncée de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme ", obs. sous C.E.D.H., 2 mars 2010, cette revue, p. 721 ; voy. aussi C.E.D.H., *Savas c/ Turquie*, 8 décembre 2009, qui conclut que même si le requérant a eu l'occasion de contester les preuves à charge à son procès devant les juridictions nationales, l'impossibilité 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 ; voy. aussi dans le même sens C.E.D.H., *Soykan c/ Turquie*, 21 avril 2009.

46. A. KETELS, " L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase du procès préparatoire sur un mode plus accusatoire ", *R.D.P.*, 2009, p. 1006.

47. Cass., 14 octobre 2003, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, et note de F. KUTY ; *T. Strafr.*, 2004, p. 129, et note de P. TRAEST (la preuve illicite devant nécessairement être écartée selon la Cour de cassation lorsqu'elle compromet le droit à un procès équitable).

pourrait être vicié⁴⁸, ou ces déclarations ne constituent qu'un élément parmi d'autres mesures d'investigations et, dans cette hypothèse, il appartiendra au juge pénal de se limiter à écarter lesdites déclarations sans devoir conclure à l'irrecevabilité des poursuites⁴⁹.

La circulaire du collège des procureurs généraux

16. Dans une circulaire du 4 mai 2010⁵⁰, le collègue des procureurs généraux demande expressément au ministère public d'inviter le juge d'instruction requis à ne pas motiver le mandat d'arrêt sur la base des déclarations du suspect recueillies sans la consultation préalable d'un avocat. En outre, le procureur du Roi veillera à solliciter du juge d'instruction qu'il procède à une nouvelle audition du suspect après que celui-ci ait pu consulter son avocat⁵¹. Par ailleurs, comme palliatif à l'absence du conseil au cours de l'audition par les services de police, il est prévu un enregistrement vidéo et sonore de cette première audition s'il s'agit d'infractions graves. Si ces garanties vont assurément dans le bon sens, elles se situent toutefois bien en deçà des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. De plus, et pour

48. Voy. Cass., 18 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 637 ; J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, p. 145, qui écrit « Le juge du fond ne peut former sa conviction, quant à la culpabilité du prévenu, sur la base d'une preuve obtenue à l'aide d'une action illégale. Selon la doctrine, il y a lieu d'écarter des débats, en pareil cas, non seulement la preuve initiale, mais également toutes celles qui en découlent : c'est toute la procédure qui est infectée par une sorte de contagion gagnant successivement les différents éléments de preuve qu'une même causalité relie les uns aux autres ».

49. A. KETELS, " L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase du procès préparatoire sur un mode plus accusatoire ", *R.D.P.*, 2009, p. 1006 ; voy. aussi : O. MICHELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSEN, *La détention préventive*, Anthémis, Collection criminalis, 2010, p. 11-12.

50. Circulaire n° Col 7/2010 (cette circulaire peut être commandée à la J.L.M.B.).

51. Voy. la circulaire n° Col 15/2010 du 14 juillet 2010 qui est un *addendum* à la Col 7/2010 qui précise « Aucune position n'est prise quant à la valeur finale que le juge du fond attachera à cette audition initiale à la lumière de la procédure dans son ensemble ». Plus loin, le collège souligne qu'il « ne prend pas de position sur la valeur probante de l'une ou l'autre déclaration. L'appréciation finale du droit à un procès équitable ne pourra évidemment être faite qu'à la fin de la procédure et il s'agit d'une appréciation que le juge du fond devra faire concrètement, au cas par cas ». La circulaire renvoie encore à l'arrêt de la CEDH, *Gägen c./ Allemagne*, 1^{er} juin 2010 dont il résulte que même en méconnaissance de l'interdiction absolue de l'article 3 de la Convention de la torture et des traitements inhumains et dégradants, le juge peut, malgré tout, se baser sur les nouvelles déclarations (aveux) faites par l'intéressé et que, par conséquent, la procédure pouvait être réparée. Cet arrêt *Gägen* – qui s'inscrit dans un contexte tragique de l'enlèvement et de la mort d'un enfant – mériterait à lui seul une analyse plus complète. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme semble faire une distinction entre l'admissibilité de déclarations obtenues en violation de l'interdiction absolue des traitements inhumains et dégradants et l'admissibilité d'autres preuves obtenues de la même manière. En effet, « La Cour estime que l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 dans ce contexte ne se trouvent en jeu que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine ». Et la Cour ajoute « que ce sont les deuxièmes aveux du requérant au procès – seuls ou corroborés par d'autres preuves non viciées, matérielles celles-là – qui ont fondé le verdict de culpabilité pour assassinat et enlèvement avec demande de rançon, ainsi que la peine. Les preuves matérielles litigieuses n'étaient pas nécessaires et n'ont pas servi à prouver la culpabilité ou à fixer la peine. On peut donc dire que la chaîne de causalité entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses » (c'est nous qui soulignons car ce lien causal peut servir à asseoir la position médiane que nous défendons, voy. notre point 15 *supra*) ; voy. toutefois sur ce point l'opinion partiellement dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU et POWER qui soutiennent que « De l'arrestation au prononcé de la peine, la procédure pénale forme un tout organique et étroitement imbriqué. Un événement qui se produit dans une phase peut influencer sur ce qui advient à un autre stade et même parfois le déterminer. Lorsque cet événement implique, au stade de l'instruction, un manquement au droit absolu du suspect à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, les exigences de la justice commandent à notre avis d'éradiquer totalement de la procédure les conséquences défavorables à l'accusé qu'entraîne ce manquement. La Cour a précédemment confirmé et souligné cette approche sur le plan des principes lorsqu'elle a pris en considération l'importance de la phase d'investigation pour la préparation du procès pénal ; elle a en effet estimé que les éléments obtenus au cours de cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction reprochée à l'accusé sera envisagée au procès lui-même. Ainsi, dans l'affaire *Salduz c./ Turquie* (qui concernait les restrictions à l'accès du requérant à un avocat pendant sa garde à vue), elle a estimé que ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'avaient pu porter remède au défaut survenu pendant la garde à vue et elle a donc constaté une violation de l'article 6. S'il en est ainsi quand on est en présence d'un manquement au droit de consulter un avocat, alors le même raisonnement doit assurément s'appliquer avec encore plus de force lorsqu'on se trouve en présence d'une atteinte au droit d'un suspect à ne pas être soumis à un traitement inhumain et de l'admission ultérieure dans la procédure pénale des éléments de preuve obtenus par suite de cette atteinte ».

cause puisqu'il s'agit d'un problème qui devra être résolu par le juge du fond, elle ne se prononce pas – mais elle ne fait pas davantage de recommandations au procureur du Roi – sur le sort à réserver aux preuves récoltées par les services de police en dehors de la présence d'un avocat⁵².

En guise de conclusion

17. Comment ne pas comprendre le malaise de la Cour de cassation ? La voici obligée de composer avec une jurisprudence de plus en plus ferme de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il convient de greffer sur une procédure préliminaire essentiellement inquisitoire. Face à ce dilemme, la Cour de cassation ne peut, pour l'instant, que tenter de repousser l'échéance. Pour combien de temps encore car nul n'ignore plus que la messe est dite ; il faudra garantir l'accès à un avocat dès le premier interrogatoire du suspect privé de sa liberté⁵³. Cette question résolue, d'autres verront nécessairement le jour dont notamment celle de l'intervention ultérieure du conseil à certains actes d'information et d'instruction. Mais cela c'est l'avenir. Les acteurs judiciaires doivent, pour l'heure, parer au plus pressé et gérer les affaires en cours et notamment celles qui sont pendantes devant les juges du fond. Il conviendra, pour s'en tenir uniquement à ces dernières, de trouver une sanction adéquate à la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour critiquable qu'elle soit – et nous en sommes parfaitement conscient⁵⁴ –, ne faudra-t-il estimer que dès l'instant où il existe une rupture du lien causal entre l'irrégularité commise – les déclarations auto-incriminantes étant nécessairement écartées des débats – et les autres preuves recueillies, ces dernières pourront servir à fonder les poursuites ? Les débats sont loin d'être clos et les condamnations de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme et les procédures qui pourraient s'ensuivre⁵⁵ n'ont pas fini de pleuvoir ...

OLIVIER MICHIELS

Conseiller à la cour d'appel de Liège
Assistant à la faculté de droit de Liège.

52. Voy. la circulaire n° Col 15/2010 du 14 juillet 2010 qui est un *addendum* à la Col 7/2010 qui précise « il est utile de souligner d'abord que les directives provisoires de la COL 7/2010 n'ont pas l'intention d'anticiper sur la jurisprudence ni d'adopter un point de vue juridique concernant la valeur probante d'une audition de police qui a eu lieu sans concertation préalable ou sans l'assistance d'un avocat, ni sur ses conséquences procédurales ».

53. Sur les problèmes pratiques, budgétaires et les difficultés auxquelles seront confrontés les avocats voy. A. KETTEL, " L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase du procès préparatoire sur un mode plus accusatoire ", *R.D.P.*, 2009, p. 1007-1010.

54. Voy. C.E.D.H., *Demirkaya c/ Turquie*, 13 octobre 2009, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 alors que l'interrogatoire devant le juge d'instruction s'était fait en présence d'un avocat (« In view of the foregoing, the Court considers that neither the assistance provided by a lawyer during the interrogation by the investigating judge, nor the adversarial nature of the subsequent criminal proceedings could cure the defects which occurred during the applicant's questioning by the police. The Court therefore concludes that, even though the applicant had the opportunity of being represented by a lawyer during his interrogation by the investigating judge, the absence of a lawyer during his police interrogation irretrievably affected his defence rights as his police statement was used for his conviction (*Salduz v/ Turkey* [GC], n° 36391/02, par. 56-62), 27 November 2008). There has therefore been a violation of Article 6, par. 3 c, of the Convention in conjunction with Article 6, par. 1, in the present case » ; voy. aussi C.E.D.H., *Panovits c/ Chypre*, qui s'attache aux circonstances de la non-application effective au droit pour la personne arrêtée de bénéficier de l'assistance d'un conseil et sur le fait que la condamnation ne se fonde pas exclusivement sur les aveux de l'accusé (« In this connection the Court notes that despite the fact that the voluntariness of the applicant's statement taken shortly after his arrest was challenged and formed the subject of a separate trial within the main trial, and although it was not the sole evidence on which the applicant's conviction was based, it was nevertheless decisive for the prospects of the applicant's defence and constituted a significant element on which his conviction was based. It is indicative in this respect that the Supreme Court found that throughout the course of the first-instance proceedings the applicant had consistently tried to negate his initial statement, an approach which had a great impact on the court's assessment of his credibility »). La Cour a conclu dans ce cas à une violation du droit à un procès équitable.

55. Sur les conséquences sur l'action publique d'un arrêt de condamnation définitif de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. les articles 442bis et suivants du code d'instruction criminelle ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Collection de la Faculté de droit de l'ULg, Larcier, 3^e édition, 2009, p. 1233-1242.