

Doctrines

Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police

Le 27 novembre 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu, en cause de *Salduz c. Turquie*, un arrêt dont les implications pour le droit belge de la procédure pénale risquent d'être considérables. Prononcé à l'unanimité des 17 juges de la Grande Chambre¹, cet arrêt a entretemps été suivi de nombreux autres² qui répètent tous le même enseignement : l'assistance d'un avocat doit en principe être garantie dès les premiers interrogatoires d'un suspect par la police, faute de quoi les éventuelles déclarations auto-incriminantes recueillies ne pourront pas être utilisées pour fonder une condamnation.

Nous nous proposons, dans les lignes qui suivent, de commencer par rappeler l'état antérieur de la jurisprudence strasbourgeoise sur cette question de l'accès à l'avocat (I), avant d'examiner les contours exacts du récent arrêt de Grande Chambre (II) et de tenter d'en évaluer l'impact sur le droit belge (III).

I ***Imbrioscia, Murray* et les autres : quinze ans d'évolution jurisprudentielle en faveur de l'accès à l'avocat dès les premiers stades de l'enquête pénale**

Pour bien mesurer la portée de l'arrêt *Salduz c. Turquie*, il paraît nécessaire de le resituer dans la lignée des développements jurisprudentiels antérieurs de la Cour européenne des droits de l'homme.

Bien qu'il ait pu être qualifié de « révolutionnaire³ », l'arrêt *Salduz* ne fait en effet que parachever une évolution initiée par la Cour européenne quelque quinze ans plus tôt déjà, à l'occasion de l'arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993. C'est dans cette affaire que la Cour affirma pour la première fois que même si l'article 6 de la Convention a « pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un 'tribunal' compétent pour décider 'du bien-fondé de l'accusation' », il n'en résulte pas « qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement », ajoutant que les exigences de l'article 6 peuvent au contraire « jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur

1 Avant d'être renvoyée en Grande Chambre, l'affaire *Salduz* avait d'abord donné lieu à un arrêt de chambre du 26 avril 2007 ayant conclu, par 5 voix contre 2, que la non-assistance d'un avocat pendant la garde à vue n'avait pas emporté violation de l'article 6, § 3, c) de la Convention.

2 Voy. *infra*, note 41.

3 L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM », *N.C.*, 2009, p. 89.

inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès»⁴.

Quelques années plus tard, dans son arrêt de Grande Chambre *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, la Cour ira un pas plus loin en affirmant pour la première fois expressément que «l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police», à tout le moins si la législation nationale attache «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». La Cour précisera néanmoins aussitôt que «ce droit, que la Convention n'énonce pas expressément, peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables» et qu'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»⁵. Cette même formule sera ensuite reprise – pratiquement telle quelle⁶ – par la Cour pendant plus de dix ans⁷, jusque et y compris dans l'arrêt *Salduz* lui-même⁸.

On le voit, bien avant 2008, la Cour européenne avait déjà très largement proclamé l'existence d'un droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'enquête pénale, tout en admettant que celui-ci pouvait être restreint pour des «raisons valables». Jusqu'alors, le critère retenu en la matière pour conclure à une éventuelle violation de l'article 6 de la Convention était celui de l'appréciation *in concreto* de l'équité globale de la procédure : il s'agissait de déterminer si, dans les circonstances concrètes de la cause, et compte tenu de la procédure prise dans son ensemble, la privation initiale d'accès à un conseil avait ou non irrémédiablement compromis l'équité du procès⁹.

Sur cette base, la Cour avait, récemment encore, dans toute une série d'affaires contre la Turquie, rejeté comme manifestement mal fondés des griefs tirés d'une violation de l'article 6 de la Convention du fait de l'absence initiale d'avocat lors des premiers interrogatoires de police, estimant que cette absence avait en quelque sorte été compensée ou corrigée dès lors que l'accusé avait été assisté d'un avocat durant la suite de la procédure, qu'il avait eu la possibilité de discuter à l'audience

4 Cour eur. D.H., arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993, § 36 (*J.T.*, 1994, p. 495 et note P. LAMBERT).

5 Cour eur. D.H., arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) du 8 février 1996, § 63 (*Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 949 et note I. WATTIER; *J.L.M.B.*, 1997, p. 452 et note M. NÈVE et A. SADZOT).

6 À ceci près que, dans ses arrêts ultérieurs, la Cour ne fait généralement plus explicitement référence au poids particulier que la législation nationale peut attacher à l'attitude du prévenu lors des premiers interrogatoires de police, lorsqu'elle affirme l'existence d'un droit à l'assistance d'un avocat dès ce stade.

7 Voy., en particulier, Cour eur. D.H., arrêts *Magee c. Royaume-Uni* du 6 juin 2000, § 41, *Dikme c. Turquie* du 11 juillet 2000, § 109, *Brennan c. Royaume-Uni* du 16 octobre 2001, § 45, *Pantea c. Roumanie* du 3 juin 2003, § 286, *Mamaç et autres c. Turquie* du 20 avril 2004, § 47, *Oçalan c. Turquie* (Grande Chambre) du 12 mai 2005 § 131.

8 Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* (Grande Chambre) du 27 novembre 2008, § 52.

9 Dans le même sens, S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 128; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004)*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 181; F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 383-384.

du bien-fondé de ses dépositions faites devant la police et que celles-ci n'avaient pas constitué la seule base de sa condamnation ultérieure¹⁰.

C'est aussi au regard du même type de considérations que, dans son arrêt de chambre du 26 avril 2007, la Cour avait d'abord jugé, par 5 voix contre 2, que l'article 6 n'avait pas été violé dans l'affaire *Salduz*¹¹. La cause fut toutefois ultérieurement renvoyée en Grande Chambre à la demande du requérant, ce qui allait offrir à la Cour l'occasion d'imprimer une nouvelle orientation à sa jurisprudence en matière d'accès à l'avocat dès les premiers interrogatoires policiers.

II *Salduz*: entre clarté et zones d'ombre

Les principes généraux que la Cour européenne des droits de l'homme dégage, dans son arrêt de Grande Chambre du 27 novembre 2008, au sujet du droit d'accès à un avocat, nous paraissent se décliner en trois temps.

La Cour européenne commence (§§ 50-52) par rappeler les principes déjà antérieurement établis dans sa jurisprudence. Elle revient en particulier, à cet égard, sur les enseignements des arrêts *Imbrioscia* et *Murray*.

Dans un deuxième temps (§§ 53-54), la Cour détaille les diverses raisons qui justifient de permettre un prompt accès à l'avocat. À l'estime de la Cour, une telle mesure devrait garantir tout à la fois l'égalité des armes entre les autorités d'enquête ou de poursuite et l'accusé, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, et, enfin, le droit de ne pas être soumis à des pressions indues ou à de mauvais traitements.

Après quoi, l'on arrive au cœur même de l'arrêt (§ 55), dans lequel la Cour affirme :

- que l'accès à un avocat doit, en règle générale, être 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»;
- qu'«il est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation».

C'est dans ce § 55 que se situent les innovations majeures par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour. La nouveauté est double :

- la Cour exige désormais l'existence de raisons non plus simplement «valables» mais «impérieuses» et surtout liées aux «circonstances particulières de l'espèce»

10 Cour eur. D.H., *Saraç c. Turquie* (req. n° 35841/97), déc. du 2 septembre 2004, *Yurtsever c. Turquie* (req. n° 42086/02), déc. du 31 août 2006, *Uçma et Uçma c. Turquie* (req. n° 15071/03), déc. du 3 octobre 2006, *Yavuz et autres c. Turquie* (req. n° 38827/02), déc. du 21 novembre 2006, *Yildiz et Sönmez c. Turquie* (req. n° 3543/03 et 3557/03), déc. du 5 décembre 2006.

11 Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 26 avril 2007, § 23.

pour que l'on puisse éventuellement justifier le refus d'accès à un avocat dès le stade des premiers interrogatoires de police¹²; il ne saurait dès lors plus être question de se prévaloir des spécificités du système national, par exemple, pour refuser de manière systématique tout accès à l'avocat lors de ces interrogatoires; – lorsqu'elle apprécie les répercussions sur le droit au procès équitable d'un éventuel refus initial d'accès à l'avocat, la Cour passe d'une appréciation *in concreto* au regard de l'équité générale de la procédure (et notamment du poids que les déclarations en cause ont pu avoir dans la condamnation finale) à une interdiction de principe¹³ de toute utilisation des déclarations incriminantes recueillies à cette occasion¹⁴; cette exclusion automatique est d'autant plus remarquable¹⁵ qu'elle est exceptionnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne sur le terrain de la preuve pénale¹⁶.

Si cette double évolution va dans le sens d'une plus grande sécurité juridique¹⁷, toutes les questions ne sont pas résolues pour autant. Nous en identifions trois, que l'arrêt ne clarifie qu'imparfaitement.

A Que faut-il entendre exactement par «assistance» d'un avocat?

Dans son arrêt du 27 novembre 2008, la Grande Chambre de la Cour européenne parle – assez indifféremment semble-t-il – tantôt de «l'assistance d'un avocat» et tantôt de «l'accès à un avocat»¹⁸, sans jamais préciser en quoi l'une et l'autre garantie devraient exactement consister. Quant à la doctrine en la matière, elle paraît divisée. Deux grandes thèses s'affrontent: pour les tenants de la première, que nous qualifierons de *minimaliste*, l'accès ou l'assistance d'un avocat dont traite la Cour supposerait simplement de pouvoir *consulter* un avocat *avant* les premiers interrogatoires de police; selon d'autres, au contraire, partisans d'une approche *maximaliste*, ces mêmes notions impliqueraient que l'avocat puisse être *physiquement présent* lors des interrogatoires.

12 Dans le même sens, voy. T. MITEVOY, «Naar een wijziging in het Belgisch recht van de rol van de advocaat tijdens de voorbereidende fase van het strafproces?», *Panopticon*, 2009.2, p. 59.

13 Sauf, évidemment, dans l'hypothèse où l'intéressé aurait renoncé valablement à son droit d'accès à un avocat (sur cette possibilité, voy. *infra*).

14 R. MOLDERS évoque, de manière assez comparable, «un élargissement du droit à l'assistance d'un conseil, considéré jusqu'[alors] *in concreto*, pour en faire un droit absolu envisagé *in abstracto*» («Pour l'assistance de l'avocat au stade de l'information pénale», *J.T.*, 2009, p. 118).

15 Dans le même sens, voy. T. SPRONKEN, «Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor?», *NJB*, 2009, p. 97 et, du même auteur, «De gevolgen van de zaken Salduz en Panovits in Nederland», *Panopticon*, 2009.3, p. 79.

16 La jurisprudence de la Cour européenne sur le terrain de la recevabilité de la preuve pénale se caractérise en effet par une grande prudence. Sauf en ce qui concerne les éléments obtenus suite à une provocation policière ou au moyen d'actes qualifiés de torture – pour lesquels la Cour affirme une interdiction d'utilisation *absolue* – la Cour s'en tient normalement à des interdictions *relatives*: c'est uniquement au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce et en particulier du poids plus ou moins déterminant que l'élément de preuve litigieux semble avoir eu dans la condamnation prononcée que la Cour européenne conclura éventuellement à une violation de l'article 6 de la Convention (à ce propos, voy. M.A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 81-105).

17 De par sa radicalisation, la nouvelle jurisprudence paraît en effet offrir davantage de garanties de prévisibilité que l'approche antérieure, nettement plus casuistique.

18 Voy., en particulier, les §§ 54 et 55 de l'arrêt, où la Cour utilise successivement l'une et l'autre expression.

À l'appui de leur thèse, les tenants de l'approche minimaliste – qui vient d'être récemment consacrée par le *Hoge Raad* des Pays-Bas¹⁹ – font valoir que la question de savoir si l'article 6 implique le droit à la présence physique d'un avocat lors des interrogatoires policiers n'a pas été tranchée par la Cour, ni dans l'affaire *Salduz* ni dans les affaires ultérieures, dès lors qu'elle ne s'y posait pas comme telle²⁰, mais que dans d'autres affaires – certes antérieures à l'arrêt *Salduz* – la Cour a par contre expressément affirmé que l'article 6 ne permet pas d'invoquer un droit à la présence physique d'un avocat pendant les interrogatoires de police²¹, cette présence éventuelle n'étant qu'une possibilité parmi d'autres de garantir l'accès à l'avocat²². Le simple fait que la Cour parle, dans l'arrêt *Salduz*, d'accès ou d'assistance plutôt que de présence de l'avocat permettrait à leur estime de considérer qu'elle n'a pas entendu remettre en question cet aspect de sa jurisprudence antérieure²³.

Les tenants de l'approche maximaliste s'appuient quant à eux pour l'essentiel²⁴ sur deux des opinions concordantes jointes à l'arrêt *Salduz*, celle du juge Zagrebelsky, à laquelle se rallient les juges Casadevall et Türmen et celle du juge Bratza²⁵. En ce qui concerne la question qui nous occupe, ces deux opinions se recourent très largement : les quatre juges concernés mettent en garde contre une lecture – à leur estime trop réductrice – de l'arrêt qui consisterait à croire que la Cour n'exige l'assistance d'un défenseur qu'à l'occasion des interrogatoires de police et non dès le

19 Voy. les arrêts du 30 juin 2009 dans les affaires 08/02411, 08/03143 et 08/03991. Dans ces trois arrêts (qui peuvent être consultés en ligne sur le site www.rechtspraak.nl), le *Hoge Raad* s'est exprimé comme suit : « De Hoge Raad leidt uit de rechtspraak van het EHRM af dat een verdachte die door de politie is aangehouden, aan art. 6 EVRM een aanspraak op rechtsbijstand kan ontlenen die inhoudt dat hem de gelegenheid wordt geboden om voorafgaand aan het verhoor door de politie aangaande zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit een advocaat te raadplegen. Uit de rechtspraak van het EHRM kan echter niet worden afgeleid dat de verdachte recht heeft op de aanwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor ».

20 Ce dont les requérants se plaignaient chaque fois, c'était de l'absence de tout accès – même le plus minimal – à un avocat, puisqu'ils n'avaient même pas été autorisés à en consulter un préalablement à leur interrogatoire par la police.

21 Voy., en ce sens, Cour eur. D.H., *Dougan c. Royaume-Uni* (req. n° 44738/98), déc. du 14 décembre 1999, et en particulier la considération suivante : « the Court considers that an applicant cannot rely on Article 6 to claim the right to have a solicitor physically present during interview ».

22 Voy., en ce sens, Cour eur. D.H., arrêt *Condron c. Royaume-Uni* du 2 mai 2000, § 60.

23 M. BORGERS, « Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor? », *NJB*, 2009, pp. 91-92. Voy. aussi, quoique de manière plus sommaire, K. VAN CAUWENBERGHE, « Y a-t-il un avocat dans la salle? », *Vigiles*, 2009/1, pp. 14 et 15.

24 Un argument supplémentaire en faveur de cette thèse maximaliste est parfois aussi tiré (voy. notamment P. DE HERT et K. WEIS, « Post-Salduz rechtspraak blijft komen », *Juristenkrant*, 2009, n° 185, p. 11, L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM », *op. cit.*, p. 94 et R. DEFRANCO et G. DECOCK, « Het recht op bijstand van een advocaat voor minderjarigen vanaf het eerste politieverhoor », *T.J.K.*, 2009, p. 256) d'un arrêt rendu dans la foulée de *Salduz* et dans lequel la Cour européenne déplore spécifiquement l'absence de conseils juridiques *durant* l'interrogatoire mené (Cour eur. D.H., arrêt *Shabelnik c. Ukraine* du 19 février 2009, § 59, où la Cour souligne « the absence of legal advice during [the police] interview »).

25 T. SPRONKEN, *op. cit.*, pp. 98-99 ; L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM », *op. cit.*, pp. 92-93 ; T. MITEVOY, *op. cit.*, pp. 60-61.

début de la garde à vue ou du placement en détention provisoire²⁶. La terminologie utilisée dans ces deux opinions paraît démontrer que les juges de la Grande Chambre ayant rendu l'arrêt *Salduz* (ou, à tout le moins, quatre d'entre eux) tiennent pour acquis que l'assistance d'un avocat doit être garantie *pendant* ou *dès le début* des interrogatoires de police, leur seule crainte étant qu'on puisse la limiter à ceux-ci. Or s'il doit y avoir assistance *pendant* l'interrogatoire, l'on ne voit pas bien comment celle-ci pourrait se concrétiser autrement que par la présence physique de l'avocat lors de celui-ci.

À notre sens, la thèse maximaliste doit être privilégiée, non seulement au regard des opinions concordantes précitées, mais surtout en raison de l'attention classiquement portée par la Cour à la question de l'effectivité des droits garantis²⁷. La formule est connue et répétée à l'envi à Strasbourg, y compris dans l'arrêt *Salduz* lui-même (§ 51) : la Convention a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ». Or les raisons qui ont poussé la Cour à consacrer l'existence d'un droit d'accès à l'avocat dès le stade des premiers interrogatoires de police – à savoir, et comme souligné déjà, essentiellement le souci de garantir l'égalité des armes entre les autorités d'enquête ou de poursuite et l'accusé, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, et, enfin, le droit de ne pas être soumis à des pressions indues ou à de mauvais traitements – justifient que l'on aille au-delà de la simple possibilité de consultation préalable d'un avocat : celle-ci ne saurait en effet suffire, ni pour exclure que l'accusé ne soit ensuite exposé à des techniques policières déloyales, ni pour lui permettre de (re)définir une véritable stratégie de défense en fonction du déroulement de l'interrogatoire et des éventuels éléments nouveaux que celui-ci révèle²⁸.

Pour les mêmes raisons, il ne saurait être question, à notre avis, de cantonner l'avocat dans un rôle purement passif lors des interrogatoires menés. Si une pré-

26 S'exprimant à ce propos, le juge Zagrebelsky écrit :

« 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* [c'est nous qui soulignons] s'analyse, sauf exceptions, en une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable. Mais l'équité de la procédure, quand il s'agit d'un accusé qui est détenu, requiert également que l'accusé puisse obtenir (et le défenseur exercer) toute la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil : 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, le contrôle des conditions de détention, etc. ».

Et le juge Bratza renchérit en soulignant :

« Je partage les doutes exprimés par le juge Zagrebelsky quant à la question de savoir si, en apparaissant situer au premier interrogatoire le moment à partir duquel l'accès à un avocat doit être consenti, la déclaration de principe va suffisamment loin. 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. Il serait regrettable que l'arrêt donne l'impression qu'aucune question ne peut se poser sur le terrain de l'article 6 dès lors que le suspect a pu se faire assister par un avocat *dès le début de ses interrogatoires* [c'est nous qui soulignons]. »

27 Dans le même sens, J. JEBBINK, « *Salduz* en de actieve raadsman », *NJB*, 2009, p. 732 et V.S. HUYGEN VAN DYCK-JAGERSMA, « Het arrest-*Salduz* en het recht op bijstand bij politieverhoor », *NJB*, 2009, p. 741.

28 Dans le même sens, P. DE HERT, T. DECAIGNY et K. WEIS, « L'arrêt *Salduz* contraint à une adaptation de l'audition », *Vigiles*, 2009/1, pp. 7-8, ainsi que T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, « *Salduz* : *Nemo tenetur* en meer... », *T. Strafr.*, 2009, p. 205.

sence passive peut éventuellement suffire à garantir contre les pressions indues et/ou mauvais traitements²⁹, une protection effective du principe d'égalité des armes et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination requiert, par contre, que le suspect puisse se concerter avec son avocat chaque fois que le besoin s'en fait sentir au cours de l'interrogatoire³⁰.

B L'assistance d'un avocat doit-elle être garantie à tout suspect ou uniquement à celui qui est privé de sa liberté³¹ ?

L'arrêt *Salduz* et ceux qui l'ont suivi concernaient tous des suspects privés de leur liberté. Faut-il, pour autant, en limiter les enseignements à cette seule catégorie d'accusés? Nous ne le pensons pas.

D'abord parce que la Cour, lorsqu'elle traite du droit à l'assistance d'un avocat, ne parle jamais de *détenu*³² ou de *personne privée de liberté*, mais bien de *suspect*, d'*accusé* ou de *prévenu*, sans autre précision³³.

Ensuite, parce que les raisons qui ont poussé la Cour à consacrer le droit à l'assistance d'un avocat valent aussi bien à l'égard d'accusés détenus que d'accusés en liberté: dès lors qu'il s'agit, une fois encore, de garantir l'égalité des armes et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, et de protéger, du même coup, contre les pressions indues ou mauvais traitements, l'on ne voit guère pourquoi la protection devrait être limitée aux accusés privés de liberté, qui ne sont évidemment pas les seuls pour lesquels ces droits pourraient être mis en péril.

29 Ce que pourrait également garantir, alternativement à la présence de l'avocat, un enregistrement audiovisuel de l'audition policière.

30 Dans le même sens, L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, «Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM», *op. cit.*, p. 94.

31 Cette deuxième question est, il faut le reconnaître, assez théorique si l'assistance d'un avocat est entendue dans un sens minimaliste comme ne requérant qu'un droit à consultation préalable: en pareille hypothèse on peut en effet considérer que la personne convoquée pour être entendue par les services de police mais non privée de liberté a, en pratique, la possibilité de consulter un avocat avant son audition (puisque'elle est informée du fait qu'elle va être entendue, tout en conservant sa liberté d'aller et de venir).

32 Sauf lorsque, au § 54 de son arrêt, elle se réfère aux recommandations du C.P.T., lesquelles ne peuvent logiquement concerner que des personnes détenues, puisque d'après l'article 1^{er} de la Convention du 26 novembre 1987, la mission du C.P.T. consiste uniquement à examiner, au moyen de visites, «le traitement des personnes *privées de liberté* [c'est nous qui soulignons] en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants».

33 Dans le même sens, voy. L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, «Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM», *op. cit.*, p. 92. *Contra*, voy. les points 8.4. à 8.6 des conclusions de l'avocat général KNIGGE précédant les arrêts du *Hoge Raad* néerlandais du 30 juin 2009 dans les affaires 08/02411, 08/03143 et 08/03991 (ces conclusions peuvent être consultées en ligne sur le site www.rechtspraak.nl).

C L'exclusion automatique des déclarations recueillies sans assistance d'avocat vaut-elle uniquement pour les déclarations proprement dites ou également pour les autres éléments de preuve qui en découlent indirectement?

Cette dernière question, quoiqu'elle ait peu retenu l'attention de la doctrine jusqu'ici, est à notre avis une des plus délicates que soulève l'arrêt *Salduz*.

La Cour s'est prononcée explicitement sur la nécessité d'exclure comme éléments de preuve les déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat, mais elle n'a rien dit, par contre, du sort à réserver aux actes d'enquête accomplis dans le prolongement d'un tel interrogatoire et fondés sur les résultats de celui-ci. *Quid*, par exemple, si l'accusé révèle à cette occasion où se trouve l'arme du crime ou même le corps de la victime, et que des perquisitions permettent ensuite de retrouver effectivement ceux-ci? Faudra-t-il également exclure automatiquement ces autres éléments de preuve, à peine de violer l'article 6 de la Convention?

La question soulevée est en réalité celle de l'application, en cette matière, de la théorie dite des «*fruits of the poisonous tree*», selon laquelle les éléments qui résultent indirectement d'une preuve irrégulière sont «infectés» par l'irrégularité initiale commise et doivent dès lors subir le même sort que la preuve irrégulière elle-même (en l'occurrence, l'exclusion automatique du champ probatoire).

Faute pour la Cour d'avoir tranché cette question en l'espèce, l'on peut tout au plus raisonner par analogie avec la position qu'elle a adoptée sur le sujet dans un autre type d'affaire, mettant en cause non plus le droit à l'assistance d'un avocat consacré par l'article 6 § 3 c) de la Convention, mais bien l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants garantie par l'article 3 de la Convention.

Dans une affaire *Gäfgen c. Allemagne* – jugée une première fois en chambre, le 30 juin 2008, et actuellement soumise à la Grande Chambre – la Cour européenne a en effet été explicitement confrontée à la question de l'application de la théorie des «*fruits of the poisonous tree*» et elle a écarté celle-ci. Condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour l'enlèvement et le meurtre d'un jeune garçon de onze ans, le requérant se plaignait, en l'espèce, d'une violation tant de l'article 3 que de l'article 6 de la Convention, au motif qu'il avait été soumis par la police allemande à la menace de graves sévices, suite à quoi il était passé aux aveux et avait accepté de conduire les enquêteurs jusqu'à la dépouille de l'enfant. Or, seuls ses aveux avaient été explicitement exclus en qualité de preuve par les juridictions allemandes, mais non les éléments de preuve matériels dont la police avait pu avoir indirectement connaissance grâce aux propos recueillis (découverte du corps de l'enfant, résultats de l'autopsie...), lesquels avaient contribué au verdict de culpabilité.

Après avoir admis que le requérant avait été soumis à un traitement inhumain³⁴, la Cour a examiné la question de savoir s'il y avait violation de l'article 6 du fait de l'utilisation des preuves matérielles que ce traitement inhumain avait permis de recueillir. La problématique sous-jacente à cette question était bien celle de l'application de la théorie des «*fruits of the poisonous tree*» (fallait-il considérer que les preuves résultant indirectement de l'illégalité commise devaient suivre le même sort que les aveux qui en résultaient directement?). Et la Cour va clairement refuser d'appliquer ladite théorie: alors qu'elle admet que l'utilisation d'aveux extorqués par des moyens contraires à l'article 3 emporte *en soi* violation de l'article 6, elle estime que tel n'est *pas automatiquement* le cas pour l'utilisation des preuves matérielles rassemblées par suite indirecte – ou en tant que «fruit» – desdits aveux; dans cette seconde hypothèse, au contraire, l'éventuelle violation de l'article 6 dépendra des circonstances de l'espèce et, en particulier, du poids des éléments de preuve litigieux dans le verdict de culpabilité et du respect des droits de la défense³⁵.

Il reste évidemment à voir si cette option sera confirmée par la Grande Chambre devant laquelle l'affaire est renvoyée, mais, si tel devait être le cas, tout porte à croire que la Cour raisonnerait *a fortiori*³⁶ de même pour des preuves résultant indirectement d'un interrogatoire mené sans assistance possible d'un avocat: même si elle impose l'exclusion automatique en ce qui concerne l'interrogatoire lui-même, il est probable qu'elle refuserait la même automaticité s'agissant des fruits ou suites indirectes de cet interrogatoire.

III Quel impact sur le droit belge de la procédure pénale ?

Même si elle a été élaborée à l'occasion d'une affaire mettant en cause l'État turc, la jurisprudence *Salduz* s'impose également en droit belge en vertu de l'autorité de la chose interprétée³⁷ dont sont revêtus les arrêts de la Cour européenne, laquelle

34 Tout en considérant qu'il ne pouvait plus se prétendre victime d'une violation de l'article 3, celle-ci ayant été reconnue et réparée en droit interne.

35 Cour eur. D.H., arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 30 juin 2008, § 105. En l'occurrence, considérant que les éléments de preuve litigieux n'étaient intervenus qu'accessoirement dans le verdict de culpabilité ayant frappé le requérant et que leur admission n'avait pas compromis les droits de la défense, la Cour va conclure à l'absence de violation de l'article 6 (*ibid.*, § 109).

36 L'irrégularité initiale en cause (une violation de l'article 6, § 3, c) de la Convention) pouvant apparaître moins grave qu'une atteinte au «noyau dur» de la Convention que représente la violation de l'article 3.

37 Sur cette notion, voy. notamment F. KRENC, «L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», in *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Formation permanente CUP, vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, pp. 12-20.

oblige tous les États parties à la Convention³⁸ à lire les dispositions de celle-ci en prenant en compte l'interprétation authentique qu'en a donnée la Cour.

Pour qu'un enseignement jurisprudentiel de la Cour puisse produire un tel effet, il est certes requis qu'il présente une certaine constance et que les principes y affirmés l'aient été avec suffisamment de fermeté pour ne pas laisser de doute quant à leur valeur de précédent³⁹. Mais tel est indiscutablement le cas de l'arrêt *Salduz*. S'agissant d'un arrêt de Grande Chambre rendu à l'unanimité – ce qui est véritablement exceptionnel – son autorité est en l'occurrence tout à fait considérable: les principes qui y sont affirmés l'ont été en termes généraux et indépendamment des spécificités du cas d'espèce⁴⁰; ils ont, de toute évidence, été mûrement réfléchis et il n'y a aucune raison de penser que la Cour pourrait les remettre en cause à l'avenir. Elle les a au demeurant répétés depuis lors à l'occasion de nombreux arrêts rendus par ses différentes sections⁴¹ et portant sur des situations factuelles fort variées.

Or, comme le soulignait A. Jacobs, la jurisprudence *Salduz* « va au plus haut point à l'encontre du système belge, dans lequel il est inutile de rappeler que l'avocat n'intervient lors des interrogatoires ni par les services de police, ni par le parquet,

38 Et non le seul État partie au litige considéré. C'est dès lors en méconnaissance – au moins partielle – de l'autorité de la chose interprétée que le ministre de la Justice a répondu, le 21 janvier 2009, à plusieurs questions orales posées en Commission de la Justice de la Chambre à propos de l'arrêt *Salduz*, que cet arrêt n'avait « pas de conséquences directes pour le droit belge » et n'était « contraignant que pour la Turquie » (C.R.I., 52 COM 442, p. 35). Dans une réponse ultérieure à une question écrite posée par une sénatrice à propos de la même jurisprudence, le ministre va toutefois nuancer son affirmation en ajoutant cette fois que « la valeur indicative des arrêts de la Cour européenne ne doit cependant pas être sous-estimée. Ils indiquent une voie à suivre et font autorité pour tous les États membres qui disposeraient d'une législation, de procédures ou de pratiques dérogeant aux principes prônés en la matière dans les arrêts » (réponse du 20 mars 2009 à la question n° 4-2226 de M. HERMANS).

39 Voy., en ce sens, E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 327.
40 L'arrêt *Salduz* concernait un mineur, condamné pour des motifs politiques par la Cour de sûreté turque, et certains pourraient être tentés de tirer argument de ces spécificités pour refuser d'en transposer les enseignements à d'autres situations. Mais ce serait ignorer la construction même de l'arrêt de Grande Chambre, dans lequel la Cour européenne a clairement commencé par formuler des principes généraux (§§ 50-55, où il n'est pas du tout fait référence ni à la minorité du requérant, ni au contexte politique de l'infraction), avant de faire application de ceux-ci au cas d'espèce (§§ 56-62).

41 La plupart des arrêts postérieurs à l'arrêt de Grande Chambre en cause de *Salduz* et faisant explicitement référence aux principes y affirmés ont été rendus par la 2^e section de la Cour (voy. notamment Cour eur. D.H., arrêts *Güveç c. Turquie* du 20 janvier 2009, *Amutgan c. Turquie* du 3 février 2009, *Çimen c. Turquie* du 3 février 2009, *Şükran Yıldız c. Turquie* du 3 février 2009, *Aslan et Demir c. Turquie* du 17 février 2009, *Ek et Şiktaş c. Turquie* du 17 février 2009, *Ibrahim Öztürk c. Turquie* du 17 février 2009, *Gülbahar et Tut c. Turquie* du 24 février 2009, *Aba c. Turquie* du 3 mars 2009, *Taşçigil c. Turquie* du 3 mars 2009, *Böke et Kandemir c. Turquie* du 10 mars 2009, *Ditaban c. Turquie* du 14 avril 2009, *Gülecan c. Turquie* du 28 avril 2009, *Gürsel Çelik c. Turquie* du 5 mai 2009, *Gülabi Aslan c. Turquie* du 16 juin 2009, *Gülçer et Aslim c. Turquie* du 16 juin 2009, *Bilgin et Bulga c. Turquie* du 16 juin 2009, *Karabil c. Turquie* du 16 juin 2009, *Tağaç c. Turquie* du 7 juillet 2009, *Çimen İşik c. Turquie* du 16 juillet 2009, *Elçiçek et autres c. Turquie* du 16 juillet 2009 et *İzzet Özcan c. Turquie* du 28 juillet 2009), mais les autres sections ont aussi eu l'occasion de faire application de la jurisprudence *Salduz* (voy. Cour eur. D.H., arrêts *Pishchalnikov c. Russie* du 24 septembre 2009 (1^{re} section), *Soykan c. Turquie* du 21 avril 2009 (3^e section), *Plonka c. Pologne* du 31 mars 2009, *Öngün c. Turquie* du 23 juin 2009 et *Zeki Bayban c. Turquie* du 28 juillet 2009 (4^e section) et *Shabelnik c. Ukraine* du 19 février 2009 (5^e section)). En ce qui concerne la 1^{re} section de la Cour, elle a également rendu en date du 11 décembre 2008 un arrêt *Panovits c. Chypre* qui, sans faire explicitement référence à l'arrêt de Grande Chambre en cause de *Salduz* (prononcé après que l'affaire *Panovits* ait été délibérée), en partage néanmoins certains enseignements (en particulier en exigeant des raisons *impérieuses* pour justifier l'absence d'assistance d'un avocat lors des interrogatoires, voy. § 66 de l'arrêt).

ni par le juge d'instruction, alors que les procès-verbaux de ces auditions sont soumis au juge du fond et peuvent fonder, même de manière exclusive, une condamnation»⁴². Et l'on voit mal comment la Belgique pourrait tenter de justifier cette restriction généralisée du droit d'accès à un avocat⁴³, dès lors qu'il s'agit précisément d'une pratique systématique, non dépendante des «circonstances particulières de l'espèce»⁴⁴.

Une modification législative paraît donc s'imposer (A), qui a d'ailleurs été appelée de ses vœux par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans son récent rapport faisant suite à sa visite en Belgique de décembre 2008⁴⁵. En attendant le vote et l'entrée en vigueur d'une telle réforme, se pose toutefois d'ores et déjà la question de savoir quelles conséquences la jurisprudence *Salduz* peut avoir sur les affaires actuellement en cours (B).

A *De lege ferenda*: contours possibles d'une indispensable réforme législative

Bien que les arguments ne manquent pas, à notre avis, pour privilégier une lecture maximaliste de la jurisprudence *Salduz* et considérer que la Cour européenne a consacré un droit à la *présence* d'un avocat lors des interrogatoires de suspects (voy. *supra*), il faut reconnaître que toute équivoque n'a pas été dissipée par la Cour en cette matière et qu'il est également possible de défendre une lecture minimaliste de l'arrêt, qui ne garantirait qu'un droit à la *consultation préalable* d'un avocat avant ces interrogatoires. Le législateur belge devra donc choisir entre l'une et l'autre lecture⁴⁶, étant entendu que si la première met très vraisemblablement la Belgique à

42 A. JACOBS, «Un bouleversement de la procédure pénale en vue: la présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect?», *J.L.M.B.*, 2009, p. 203.

43 C'est pourtant ce qui a été fait dans plusieurs décisions belges, rendues postérieurement à l'arrêt *Salduz*, et qui – méconnaissant la portée novatrice de celui-ci – ont prétendu en écarter les enseignements au motif que notre système juridique offrirait des garanties suffisantes permettant de pallier l'absence d'accès à un avocat dès les premiers interrogatoires. Ces décisions mettaient l'accent, en particulier, sur la durée très courte (maximum 24 heures) pendant laquelle un suspect peut être privé de sa liberté sans pouvoir communiquer avec un avocat, sur l'organisation d'un débat pleinement contradictoire devant la chambre du conseil dans les 5 jours de la délivrance du mandat d'arrêt, sur le fait que notre système probatoire n'attache aucun poids particulier aux déclarations de suspects, qui peuvent d'ailleurs être rétractées à tout moment et/ou sur les garanties d'ores et déjà offertes en matière d'audition par l'article 47*bis* du Code d'instruction criminelle (voy. en ce sens Gand (mis. acc.), 19 février 2009 – consultable sur www.legalworld.be et commenté par K. VAN CAUWENBERGHE, *Juristenkrant*, 2009, n° 187, p. 11 – cour ass. Liège, 30 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 898 et Bruxelles (jeun.), 29 juin 2009, rép. n° 2798/2009).

44 Dans le même sens, voy. R. MOLDERS, *op. cit.*, p. 119.

45 Rapport du 17 juin 2009, CommDH(2009)14, §§ 32-33. Le rapport est consultable en ligne sur le site www.coe.int/commissioner.

46 Dans le même sens, voy. L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, «Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden?» *T. Straffr.*, 2009, p. 213.



Belgique à l'abri d'une future condamnation à Strasbourg, la seconde ne garantit pas ce résultat avec le même degré de certitude⁴⁷.

Même s'il décide de se limiter à instaurer un droit à la consultation d'un avocat dès avant les premiers interrogatoires de police – ce qui correspond à l'option prise par le Conseil supérieur de la Justice dans son avis du 24 juin 2009⁴⁸ et nous paraît le *minimum minimorum* requis pour se conformer à la jurisprudence strasbourgeoise – le législateur belge aura à régler un grand nombre de questions.

1 *Quel temps maximal va-t-on laisser à l'avocat pour se présenter et pendant combien de temps sera-t-il autorisé à s'entretenir avec le suspect ?*

L'une et l'autre durées devront, inévitablement, rester raisonnablement courtes, eu égard au délai de garde à vue de maximum vingt-quatre heures, garanti par l'article 12 de la Constitution.

Le Conseil supérieur de la Justice préconise un délai de deux heures laissé à l'avocat pour se présenter, et d'une demi-heure pour s'entretenir avec son client. L. van Puyenbroeck et G. Vermeulen se montrent quant à eux plus sévères en ce qui concerne le premier délai, estimant que c'est dans l'heure que l'avocat devrait arriver sur place. Cela ne leur paraît pas poser problème pour un avocat qui serait « de garde ». Quant à un autre avocat, choisi par le suspect, il aurait la responsabilité d'apprécier s'il peut réalistement respecter le délai d'une heure, à défaut de quoi il devrait conseiller à son client de faire plutôt appel à la permanence organisée par les barreaux⁴⁹.

47 Dans un sens comparable, l'avocat général KNIGGE opère, dans ses conclusions précédant les arrêts du *Hoge Raad* néerlandais du 30 juin 2009 dans les affaires 08/02411, 08/03143 et 08/03991, une distinction entre une approche « statique » ou « dynamique » des arrêts de la Cour européenne : dans le premier cas, on s'en tient à ce qui est d'ores et déjà incontestablement établi dans la jurisprudence de la Cour, sans prétendre aller au-delà et en reconnaissant les zones d'ombre pour ce qu'elles sont, tandis qu'une approche dynamique comporte une forme de prédiction de ce qui s'annonce vraisemblablement comme développements futurs dans la jurisprudence de la Cour. À l'estime de l'avocat général, si le juge peut s'en tenir à la première approche, le législateur a, au contraire, tout intérêt à s'inspirer de la seconde s'il ne veut pas voir les lois qu'il vote être dépassées par de nouveaux développements jurisprudentiels, à peine entrées en vigueur (voy., en particulier, les points 6.6 à 6.10 de ses conclusions, qui peuvent être consultées en ligne sur le site www.rechtspraak.nl).

48 CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA JUSTICE, « Avis sur la proposition de loi modifiant l'article 1^{er} de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, afin de conférer de nouveaux droits, au moment de l'arrestation, à la personne privée de liberté », p. 11. Le Conseil supérieur de la Justice préconise toutefois de compléter le droit à consultation préalable d'un avocat par l'obligation de procéder à un enregistrement audiovisuel de l'audition policière (de manière à protéger contre les pressions ou mauvais traitements et à surmonter les problèmes de preuve qui se posent classiquement en cette matière). L'avis est consultable en ligne sur le site www.csj.be.

49 L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden ? », *op. cit.*, p. 216.

2 À quelles conditions pourra-t-on admettre que le suspect renonce à s'entretenir préalablement avec un avocat ?

Aux termes d'une jurisprudence bien établie – et rappelée d'ailleurs dans l'arrêt *Salduz*⁵⁰ – la Cour européenne considère que « ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable ». On pourrait donc imaginer que certains suspects choisissent de renoncer à leur droit à un entretien préalable avec un avocat. Encore faudrait-il, toujours d'après la jurisprudence de la Cour, que cette renonciation se trouve « établie de manière non équivoque » et soit « entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité ».

À notre estime, cela supposerait à tout le moins que tout suspect soit explicitement informé de son droit de s'entretenir avec un avocat avant d'être interrogé : on peut en effet difficilement renoncer en connaissance de cause à un droit dont on ignore jusqu'à l'existence même. Le plus simple serait sans doute de compléter en ce sens les avertissements déjà prévus par l'article 47bis du Code d'instruction criminelle, et de reprendre ceux-ci dans un document écrit remis à l'intéressé avant tout interrogatoire⁵¹.

Une garantie supplémentaire, évoquée par le Conseil supérieur de la Justice, pourrait aussi consister à prévoir que la renonciation ne peut avoir lieu qu'après que l'intéressé a eu un contact téléphonique avec un avocat de permanence, chargé de l'éclairer sur la portée du droit auquel il renonce⁵².

Pour éviter toute contestation ultérieure, la renonciation elle-même devrait en tous cas se faire par écrit, et prendre la forme de l'apposition d'une signature sur un formulaire prévu à cet effet.

3 Quelle sera la sanction applicable en cas de violation de ce droit ?

Sur ce point, la marge d'appréciation du législateur belge paraît minimale : la Cour européenne a en effet explicitement jugé, rappelons-le, que les déclarations incriminantes recueillies lors d'un interrogatoire subi sans assistance possible d'un avocat ne peuvent être prises en compte pour fonder une condamnation. La loi⁵³ devra donc prévoir la nullité de l'interrogatoire policier mené sans que n'ait été respecté le droit de consultation préalable d'un avocat⁵⁴. Tout au plus une certaine latitude pourrait-elle exister quant à la question du sort à réserver aux éléments de preuve matériels qui seraient la conséquence indirecte d'un tel interrogatoire,

50 Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* (Grande Chambre) du 27 novembre 2008, § 59.

51 L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden ? », *op. cit.*, p. 215.

52 CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA JUSTICE, *op. cit.*, p. 14.

53 L'on arriverait, certes, au même résultat en faisant application de la jurisprudence dite « Antigone » (sur cette question, voy. *infra*) mais, en termes de sécurité juridique, il nous paraît préférable que la solution de l'exclusion automatique soit expressément consacrée par la loi.

54 À moins, bien sûr, que le suspect n'ait valablement renoncé à ce droit, ou que l'avocat contacté ne se soit pas présenté dans les temps.

puisque cette problématique-là n'a pas – encore – été explicitement tranchée par la Cour européenne (voy. *supra*).

Des questions organisationnelles et financières devront également être prises à bras le corps par les pouvoirs publics comme par les barreaux. Il s'agira de prévoir des permanences spéciales auprès des services de police, qui devront fonctionner sept jours sur sept et vingt-quatre heures sur vingt-quatre. Corrélativement, les budgets alloués à l'aide juridique devront inévitablement être revus à la hausse: la multiplication des devoirs que ces permanences nouvelles entraîneront aura en effet pour conséquence une augmentation importante du nombre total de points attribués pour une année avec, à la clé, dans le système actuel d'enveloppe fermée, une réduction inacceptable de la valeur de ceux-ci⁵⁵.

S'il opte pour la consécration d'un droit à la présence physique de l'avocat, le législateur sera confronté à des questions supplémentaires, en particulier celle du rôle précis que l'avocat sera autorisé à jouer. À notre estime, une protection effective du principe d'égalité des armes et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination supposerait – nous l'avons dit déjà (voy. *supra*) – une présence active de l'avocat, mais tout porte à croire qu'un certain nombre d'acteurs de terrain s'y opposeront⁵⁶, au nom de l'efficacité du travail d'enquête⁵⁷.

La question se posera aussi de savoir à quelles auditions l'avocat doit être autorisé à assister: la Cour européenne ne s'est prononcée qu'à propos d'interrogatoires policiers mais la terminologie utilisée, et en particulier le fait que la Cour parle d'assistance d'un avocat «dès le premier interrogatoire» par la police, permet de penser que l'exigence posée vaut également pour tous les autres interrogatoires subis au cours de l'enquête préalable. Il va de soi, cela dit, que les questions d'organisation et de coût évoquées ci-avant seront plus cruciales encore si l'on devait décider d'autoriser l'avocat à assister son client au cours de l'ensemble de ces auditions.

55 Dans le même sens, voy. l'avis rendu par M. NÈVE pour la commission « droit pénal » de l'O.B.F.G. (*La tribune*, juin 2009, p. 26).

56 En ce sens, voy. CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA JUSTICE, *op. cit.*, p. 12.

57 À notre sens, cette opposition procède d'une vision quelque peu caricaturale de l'intervention de l'avocat, dont la présence ne sera pas nécessairement un obstacle à la manifestation de la vérité. Dans le même sens, voy. la carte blanche de R. DE BÉCO dans *La Libre Belgique* du 29 janvier 2009. L'auteur écrit: «Un suspect, accablé et sans défense, après de nombreuses heures de privation de liberté, peut être amené à dire n'importe quoi, par peur de la prison, par épuisement ou par découragement. Un avocat, à ses côtés, pourrait faire préciser les questions et veiller à ce que les réponses actées soient bien les siennes et non des interprétations d'un discours incohérent. Par ailleurs, un suspect peut être amené à nier l'évidence, dans la peur panique de se retrouver en prison, sans se rendre compte qu'il obtiendra exactement l'effet contraire et que le juge d'instruction risque bien de lui décerner un mandat d'arrêt uniquement pour l'inciter à réfléchir! Là aussi, un avocat pourrait rassurer l'inculpé, lui conseiller de reconnaître les faits en lui démontrant que cela ne le mènera pas nécessairement à la prison et qu'il existe des peines de substitution à la peine d'emprisonnement qui peuvent être prononcées par le tribunal s'il fait preuve d'amendement et répare ses méfaits».

B *De lege lata*: des procédures pénales en péril?

Eu égard à l'autorité de la chose interprétée déjà évoquée ci-avant, il est indiscutable que les justiciables sont en droit d'invoquer devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire belge les dispositions de l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention telles qu'interprétées par la Cour européenne dans sa jurisprudence *Salduz*⁵⁸ et que les juges belges sont tenus de se conformer à cette jurisprudence sans attendre une intervention législative s'ils ne veulent pas exposer l'État belge à être prochainement condamné à Strasbourg.

Ceci soulève concrètement deux questions distinctes: peut-on se fonder sur l'arrêt *Salduz* pour reconnaître d'ores et déjà un droit d'accès à un avocat aux suspects entendus dans le cadre d'enquêtes en cours? Et quel sort faut-il réserver aux – par hypothèse très nombreux – dossiers répressifs comportant des procès-verbaux d'auditions réalisées sans cette assistance d'un avocat?

En ce qui concerne la première question, la réponse est à notre avis indubitablement positive. À supposer même que les articles 28quinquies, § 1^{er} et 57, § 1^{er} du Code d'instruction criminelle (qui consacrent respectivement le caractère secret de l'information et de l'instruction) ou 16, § 2 et 20, § 1^{er} de la loi sur la détention préventive (qui ne garantissent l'accès à l'avocat qu'après l'audition par le juge d'instruction requis de délivrer mandat d'arrêt) s'opposent à ce que l'on reconnaisse d'ores et déjà aux suspects un droit d'accès à l'avocat *avant* ou *lors de*⁵⁹ leurs auditions par la police et/ou le magistrat instructeur, ces dispositions devraient alors céder devant l'article 6 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour⁶⁰.

Quant au sort à réserver aux dossiers dans lesquels un tel accès à l'avocat n'a pas été garanti, il nous paraît primordial de commencer par dissiper un malentendu éventuel en la matière: dans son arrêt *Salduz*⁶¹, la Cour n'a pas attaché de sanction à l'absence d'assistance d'un avocat comme telle, mais c'est uniquement en cas d'utilisation à charge des déclarations faites sans une telle assistance qu'elle a conclu à une violation de l'article 6 de la Convention. En d'autres termes, elle a admis que le vice initial pouvait être réparé si les déclarations – mal – recueillies n'étaient en aucune façon prises en compte dans la suite de la procédure. Il serait dès lors erroné, à notre estime, de considérer que du seul fait qu'une audition s'est déroulée sans assistance d'un avocat, les poursuites devraient être déclarées irrecevables.

58 Dans le même sens, voy. L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, «Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM», *op. cit.*, p. 91.

59 Selon, une fois encore, que l'on opte pour une lecture minimaliste ou maximaliste de la jurisprudence de la Cour européenne.

60 En raison du principe – affirmé de longue date par la Cour de cassation – de la primauté, sur la loi belge, du droit conventionnel international ayant des effets directs (voy. l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886).

61 Tout récemment, la deuxième section de la Cour a rendu, en cause de *Dayanan c. Turquie*, un arrêt du 13 octobre 2009 qui conclut à une violation de l'article 6 de la Convention du fait de l'absence d'avocat lors de la garde à vue alors même que le requérant avait gardé le silence tout au long de celle-ci, mais il s'agit d'une jurisprudence encore isolée.

L'arrêt *Salduz* est par contre catégorique quant au fait que les éventuelles déclarations auto-incriminantes recueillies lors d'un interrogatoire subi sans assistance possible d'un avocat ne peuvent, en aucune façon, être utilisées pour fonder une condamnation. Il conviendra dès lors que le juge du fond écarte ces déclarations au moment de forger sa conviction⁶². Et pour les affaires encore à l'instruction, il s'indiquera de faire retirer ces pièces du dossier sur la base des articles 131 ou 235bis du Code d'instruction criminelle.

L'on sait qu'aux termes de sa jurisprudence dite «Antigone», la Cour de cassation considère que le juge pénal ne peut plus écarter une preuve illicite que dans trois hypothèses (lorsqu'une règle de forme prescrite à peine de nullité a été méconnue, lorsque l'irrégularité commise entache la fiabilité de la preuve ou lorsque l'usage de la preuve compromettrait le droit à un procès équitable)⁶³ mais, en l'occurrence, la troisième hypothèse (violation du droit au procès équitable) sera automatiquement vérifiée, puisque, d'après la propre jurisprudence de la Cour européenne, l'équité du procès est nécessairement compromise s'il est fait usage des déclarations recueillies lors d'un interrogatoire mené sans assistance possible d'un avocat⁶⁴.

Pour les mêmes motifs, il n'y a aucune raison, pour les juridictions d'instruction – tenues, d'après la Cour de cassation, d'appliquer la même jurisprudence «Antigone»⁶⁵ – de refuser d'écarter immédiatement les déclarations incriminées, en considérant que c'est le juge du fond qui appréciera au final l'équité du procès, puisqu'en l'espèce, cette équité est *ipso facto* compromise⁶⁶. Nous ne saurions donc approuver l'arrêt du 11 mars 2009 par lequel la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation ayant refusé d'appliquer l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, aux motifs qu'une «juridiction d'instruction appelée à statuer sur le maintien de la détention préventive peut, sans violer l'article 6.3.c, considérer que la violation alléguée n'est pas de nature à empêcher le déroulement d'un procès équitable devant le juge du fond»⁶⁷.

62 Ajoutons encore qu'à notre sens, cette obligation d'écarter les propos tenus lors des interrogatoires incriminés vaut pour toutes les déclarations qui auraient été faites à cette occasion, et pas seulement pour d'éventuels aveux *sensu stricto*. Il est en effet par hypothèse extrêmement délicat de juger *a priori* du caractère potentiellement incriminant de certaines déclarations : des propos qui pourraient, à première vue, sembler neutres ou même à décharge peuvent être utilisés par la suite pour décrédibiliser les dires de la personne en cause (ainsi, par exemple, d'un alibi qui s'avérerait mensonger ; dans un sens comparable voy. le point 8.19 des conclusions de l'avocat général KNIGGE précédant les arrêts du *Hoge Raad* néerlandais du 30 juin 2009 dans les affaires 08/02411, 08/03143 et 08/03991, ainsi que T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, p. 207). Pour éviter toute contestation ultérieure, le plus simple est donc assurément d'écarter le procès-verbal dans son intégralité.

63 Du nom de l'opération de police à l'origine du premier arrêt rendu inaugurant cette nouvelle jurisprudence (voy. Cass., 14 octobre 2003, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405 et note F. KUTY, *T. Strafr.*, 2004, p. 129 et note Ph. TRAEST, *Vigiles*, 2004, p. 15 et note F. SCHUERMANS).

64 Une fois encore, c'est tout au plus à propos des «fruits» de l'interrogatoire ainsi mené que le juge pourrait encore exercer un certain pouvoir d'appréciation (voy. *supra*).

65 Cass., 20 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 741 et note O. KLEES ; Cass., 4 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 110 et note B. DE SMET.

66 Dans le même sens, voy. L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, «Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EVRM», *op. cit.*, p. 96.

67 Cass., 11 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 892 ; *J.T.*, 2009, p. 536. Sur cet arrêt, voy. aussi B. DUFOUR, «Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la phase préparatoire, entre droit absolu et droit relatif», *J.T.*, 2009, pp. 529-535.

À notre sens, il s'agit là d'un attendu qui ignore l'automatisme de la sanction désormais attachée par la Cour européenne à la méconnaissance du droit d'accès à un avocat dès les premiers interrogatoires policiers.

À supposer, enfin, qu'un suspect arrêté n'ait reçu accès à un avocat, ni avant son audition par la police, ni avant son interrogatoire par le juge d'instruction, et qu'il invoque ensuite l'article 235*bis* du Code d'instruction criminelle pour demander que ces pièces soient retirées du dossier, cela aura-t-il des conséquences quant à son possible maintien en détention? Faudra-t-il, très concrètement, considérer qu'une fois le procès-verbal d'interrogatoire par le juge d'instruction retiré du dossier, il n'y a d'autre alternative que de faire application de la dernière phrase de l'article 16, § 2, alinéa 1^{er} de la loi du 20 juillet 1990 qui dispose qu'à défaut d'interrogatoire par le juge d'instruction, l'inculpé doit être mis en liberté?

Une telle approche serait évidemment très lourde de conséquences en pratique. À notre avis, une solution plus raisonnable pourrait consister à considérer que la dernière phrase de l'article 16, § 2, alinéa 1^{er}, n'est pas d'application en l'espèce (puisque en réalité, l'interrogatoire a bien eu lieu, même s'il s'est fait dans des conditions contraires à l'article 6 § 3 c) de la Convention), mais que, par contre, il convient que la juridiction d'instruction interroge elle-même l'inculpé (qui par hypothèse, à ce moment-là, a non seulement eu accès à son avocat, mais bénéficie même de l'assistance de celui-ci à ses côtés) et fonde sa décision éventuelle de maintien en détention sur les seuls dires actés à cette occasion.

Conclusion

Comme nous l'avons souligné tout au long de cet article, deux lectures paraissent possibles⁶⁸ de l'arrêt de Grande Chambre *Salduz c. Turquie*: l'une *minimaliste* qui l'interprète comme ne consacrant qu'un droit à *consultation préalable* de l'avocat *avant* les premiers interrogatoires, l'autre *maximaliste* qui y voit la consécration d'un droit à *l'assistance physique* d'un avocat *lors* de toute audition. Les pouvoirs législatif comme judiciaire vont donc devoir choisir entre l'une et l'autre approche mais, même s'ils optent pour l'interprétation la plus restrictive, l'impact de l'arrêt n'en demeurera pas moins considérable:

- en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, la jurisprudence *Salduz* lui impose, d'ores et déjà, d'écarter systématiquement tous les procès-verbaux d'auditions réalisées avant que le suspect privé de sa liberté n'ait eu l'occasion de consulter un avocat (c'est-à-dire, en réalité, toutes les auditions intervenues depuis la privation de liberté jusque – et y compris – l'interrogatoire par le juge d'instruction);
- quant au pouvoir législatif, il devra mener à bien, en partenariat étroit avec les barreaux, une ambitieuse réforme visant à organiser, dans le détail, l'intervention de l'avocat dès les tout premiers moments de la privation de liberté.

⁶⁸ Même si, à notre sens, la lecture maximaliste est la plus convaincante.



La portée de cet arrêt est donc en toute hypothèse fondamentale. Il parachève une évolution consistant à faire de l'accusé une véritable partie au procès pénal, dès les premiers stades de celui-ci, au lieu de le cantonner dans un rôle plus ou moins passif aussi longtemps que l'enquête est en cours⁶⁹. La distinction, classique dans le droit belge de la procédure pénale, entre une phase préliminaire du procès pénal qui serait de type inquisitoire et une phase de jugement de type accusatoire⁷⁰ s'estompe ainsi de plus en plus, au profit d'un modèle européen du procès pénal, dominé d'un bout à l'autre par les exigences du contradictoire et le respect des droits de la défense.

Marie-Aude BEERNAERT,
Professeur à l'Université catholique de Louvain

69 Dans le même sens, voy. l'opinion dissidente du juge LOPES ROCHA sous l'arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993 («Le droit de l'accusé à l'assistance d'un défenseur en toute phase de la procédure est, d'après les codes de procédure pénale européens les plus modernes, un acquis passant pour la réalisation la plus parfaite des droits de la défense et, par là même, d'une procédure équitable visant à garantir à l'intéressé une condition toujours plus solide et effective de partie au procès [c'est nous qui soulignons]»).

70 Henri-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5^e éd., Bruxelles, La Charte, 2008, pp. 12-13.

