

SOMMAIRE

- 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, par J. van Meerbeeck 381
- Procédure pénale - Droits de l'homme - Article 63, c, Conv. eur. dr. h - Droit à l'assistance d'un avocat - Application au stade de l'instruction - Interrogatoire initial par la police - Interrogatoire par le juge d'instruction - Absence d'avocat - Incidence sur la détention préventive. (Cass., 2^e ch., 24 février 2010, note) 389
- Simulation - Convention fictive de cession - Juge du fond constatant, sur le fondement d'éléments extrinsèques à la convention, que celle-ci n'avait pas pour objet, dans l'esprit des parties, de constater une cession - Violation de la foi due à l'acte. (Cass., 1^{re} ch., 29 janvier 2010, observations de J. Kirkpatrick) 389
- Pratiques du commerce et protection du consommateur - Annulation des clauses abusives (articles 31 et 33, loi du 14 juillet 1991) - Condition - Déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties - Application - Vente immobilière - Condition suspensive de l'obtention d'un prêt par l'acquéreur - Abandon de l'acompte d'un vingtième du prix en cas de non-survenance de la condition - Clause abusive. (Cass., 3^e ch., 21 décembre 2009, observations de P.-Y. Erneux) 391
- Interventions - Intervention en degré d'appel - Recevabilité (article 812, alinéa 2, C. jud.) - Intervention en déclaration d'arrêt commun - Intervention agressive dénaturée - Méconnaissance des droits de défense de l'intervenant - Irrecevabilité de la demande incidente. (Mons, 14^e ch., 1^{er} décembre 2009, note) 394
- Chronique judiciaire : La robe prétexte - Échos - Bibliographie - Thémis veut être comprise.

DOCTRINE

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

L E DÉBAT relatif au droit à l'assistance d'un avocat dès l'interrogatoire initial par la police est plus d'actualité que jamais. Consacré par l'arrêt *Salduz* de la Cour européenne des droits de l'homme, et confirmé à maintes reprises par la suite, ce droit se heurte au droit belge. Dans plusieurs arrêts récents (dont un arrêt du 24 février 2010, publié ci-après, p. 389), la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure sur la question. L'auteur analyse la compatibilité de celle-ci et des propositions de loi les plus récentes avec la position strasbourgeoise.

La Cour européenne des droits de l'homme n'en finit pas de mener la vie dure au législateur belge qui, à son tour, se fait quelque peu prier et met dans l'embarras le pouvoir judiciaire. À l'instar de l'arrêt *Taxquet* de la Cour de Strasbourg, qui a précipité la modification du fonctionnement de notre cour d'assises¹, il semble inévitable que la jurisprudence *Salduz*, qui consacre le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de la police, ait des répercussions similaires sur notre procédure pénale. Cependant, alors que la Cour de cassation avait fini par suivre la Cour européenne des droits de l'homme avant même l'intervention du législateur sur la question de la motivation du verdict d'assises², elle se montre plus réticente en ce qui concerne l'assistance d'un conseil lors des premiers stades de la procédure.

Après avoir résumé les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme (1) et de la Cour de cassation (2), et analysé la situation actuelle (3), quelques suggestions seront proposées (4) avant d'examiner brièvement l'actualité législative (5).

1

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : du revirement au précédent

1.1. Il était une fois *Salduz*...

Dans son arrêt prononcé le 27 novembre 2008 en grande chambre et à l'unanimité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³ soit concret et effectif, il faut, « en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit »⁴. Même dans cette hypothèse, une telle

(3) Ci-après, la Convention.

(4) C.E.D.H., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, § 55, *J.L.M.B.*, 2009, p. 196 et note A. Jacobs. Sur cet arrêt, déjà abondamment commenté, voy. R. MOLDERS, « Pour l'assistance de l'avocat au stade de l'information pénale », *J.T.*, 2009, pp. 118 et s.; M.-A. BEERNAERT, « *Salduz* et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *Rev. dr. pén. crim.*,

(1) Voy. ci-après point 3.
(2) *Idem*.

restriction ne doit pas préjudicier aux droits de la défense de façon indue. Tel est le cas, selon la Cour, « lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »⁵. En résumé, la restriction au droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police ne peut être justifiée que par des raisons impérieuses, invoquées dans des circonstances particulières et à condition que les droits de la défense ne soient pas indûment préjudiciés.

Malgré les termes clairs utilisés par la haute juridiction, une ambiguïté persistait. En effet, la Cour semblait limiter le droit précité aux législations nationales qui, telle la législation anglaise, « 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 »⁶. En outre, avant de conclure à la violation de l'article 6 de la Convention, la Cour avait relevé l'utilisation, pour fonder la condamnation du requérant, de ses déclarations auto-incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police et en l'absence de son conseil⁷. Or, d'un point de vue strictement théorique, le caractère systématique de la restriction du droit d'accès à un avocat dans la législation turque en cause aurait dû suffire à conclure à la violation du droit à un procès équitable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'ensemble de la procédure et, plus précisément, l'impact de cette violation sur la condamnation du requérant.

1.2. ... et il eut beaucoup d'enfants

La postérité de l'arrêt *Salduz* n'a pas tardé⁸ et s'est rapidement révélée considérable. En effet,

2009, pp. 971 et s.; A. KETELS, « L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 989 et s.; B. DUFOR, « Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la phase préparatoire, entre droit absolu et droit relatif », note sous Cass., 11 mars 2009, *J.T.*, 2009, pp. 529 et s.; F. KUTY, « Le droit à un procès pénal équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2009 », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 272 et s.; K. VAN CAUWENBERGHE, « Waarheen met een fair trial in België », *T. Strafr.*, 2009, pp. 197 et s.; T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, « *Salduz* : Nemo tenetur in meer... », *T. Strafr.*, 2009, pp. 201 et s.; J. STEVENS et G. LATOIR, « Het standpunt van de Orde van Vlaamse Balies », *T. Strafr.*, 2009, pp. 219 et s.; T. DECAIGNY, « De bijstand van een advocaat bij het verhoor », *T. Strafr.*, 2010, pp. 4 et s. En ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence préalable à l'arrêt *Salduz*, voy. notamment B. DUFOR, *op. cit.*, pp. 529-535; M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, pp. 971-973.

(5) C.E.D.H., *Salduz c. Turquie*, *op. cit.*, § 55.

(6) *Ibidem*, § 52. Voy. à cet égard les développements de B. Dufour sur la question (*op. cit.*, pp. 531-532). Voy. également en ce sens Ass. Liège, 30 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 898.

(7) *Idem*. Dans plusieurs arrêts, la Cour a du reste relevé, avant de conclure à la violation de l'article 6, § 3, de la Convention, que la condamnation du requérant se fondait dans une mesure déterminante sur la déposition effectuée lors de sa garde à vue, alors qu'il n'avait pas encore bénéficié de l'assistance d'un avocat (voy. notamment C.E.D.H., *Soykan c. Turquie*, 21 avril 2009, § 51; *Zeki Bayhan c. Turquie*, 28 juillet 2009, § 28; *Gök et Güler c. Turquie*, 28 juillet 2009, § 57).

(8) Voy. déjà C.E.D.H., *Panovits c. Chypre*, 11 décembre 2008, § 71; *Çimen c. Turquie*, 3 février 2009, § 25.

depuis cette décision, la Cour a soit répété explicitement les principes qui ont été consacrés, soulignant leur caractère de *ratio decidendi*⁹, soit s'est contentée de constater la violation de l'article 6, §§ 1^{er} et 3, c, de la Convention, rien ne permettant de distinguer les circonstances de la cause de celles de l'arrêt *Salduz*¹⁰. Outre ces références multiples¹¹, la Cour a précisé que cet arrêt fait « autorité en la matière » et que les principes posés « l'emportent sur ceux antérieurement suivis »¹².

Si, dans ces arrêts, la Cour continue à examiner l'impact de la restriction du droit à un avocat dès le premier interrogatoire sur la condamnation¹³, le caractère déterminant sur celle-ci de l'utilisation des éléments de preuve recueillis de la sorte semble avoir peu à peu perdu de son importance. Dans un arrêt du 17 février 2009 déjà, la Cour a ainsi jugé que le simple fait que des actes d'enquêtes effectués en l'absence d'un avocat lors de la garde à vue du requérant sont devenus des éléments de preuve dans les motifs de l'arrêt de condamnation suffit à conclure à la violation de l'article 6 de la Convention¹⁴. Elle a explicitement visé le motif de l'arrêt *Salduz* selon lequel l'application systématique de dispositions légales restreignant le droit d'accès à un avocat suffit en

(9) C.E.D.H., *Ibrahim Öztürk c. Turquie*, 17 février 2009, § 45; *Shabelnik c. Ukraine*, 19 février 2009, § 53; *Plonka c. Pologne* du 31 mars 2009, § 35; *Soykan c. Turquie*, 21 avril 2009, § 51; *Artimenco c. Roumanie*, 30 juin 2009, § 42; *Zeki Bayhan c. Turquie*, 28 juillet 2009, § 26; *Pishchalnikov c. Russie*, 24 septembre 2009, § 70; *Güvenilir c. Turquie*, 13 octobre 2009; *Savas c. Turquie*, 8 décembre 2009, § 63; *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, 18 février 2010, § 37. Parfois la Cour se contente d'évoquer les principes de base de son arrêt *Salduz* (C.E.D.H., *Amutgan c. Turquie*, 3 février 2009, § 17; C.E.D.H., *Sukran Yildiz c. Turquie*, 3 février 2009, § 34; *Fikret Cetin c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 35; *Umit Gul c. Turquie*, 29 septembre 2009, § 66; *Colakoglu c. Turquie*, 20 octobre 2009, § 34; *Balliktas c. Turquie*, 20 octobre 2009, § 27; *Oleg Kolesnik c. Ukraine*, 19 novembre 2009, § 32).

(10) C.E.D.H., *Aslan et Demir c. Turquie*, 17 février 2009, § 10; *Ek et Siktas c. Turquie*, 17 février 2009, § 12; *Gülbahar et Tut c. Turquie*, 24 février 2009, § 10; *Aba c. Turquie*, 22 mars 2009, § 9; *Böke et Kandemir c. Turquie*, 10 mars 2009, § 71; *Ditaban c. Turquie*, 14 avril 2009, § 52; *Gülecen c. Turquie*, 28 avril 2009, § 10; *Gürsel Çelik c. Turquie*, 5 mai 2009, § 24; *Gülçer et Aslim c. Turquie*, 16 juin 2009, § 12; *Bilgin et Bulga c. Turquie*, 16 juin 2009, § 19; *Tagaç c. Turquie*, 7 juillet 2009, § 36; *Çimen Isik c. Turquie*, 16 juillet 2009, § 12; *Elçiçek et autres c. Turquie*, 16 juillet 2009, § 15; *Ihsan Baran c. Turquie*, 15 septembre 2009, § 25; *Çelebi et autres c. Turquie*, 22 septembre 2009, § 24; *Ahmet Arslan c. Turquie*, 22 septembre 2009, § 37; *Soyhan c. Turquie*, 6 octobre 2009, § 37; *Ogras c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 20; *Adalmis et Kiliç c. Turquie*, 1^{er} décembre 2009, § 22; *Yesilkaya c. Turquie*, 8 décembre 2009, § 31; *Kenan Engin c. Turquie*, 8 décembre 2009, § 14; *Turan et Turfan c. Turquie*, 15 décembre 2009, § 27; *Atli c. Turquie*, 26 janvier 2010, § 38; *Ömer Berber c. Turquie*, 26 janvier 2010, § 33; *Coban c. Turquie*, 26 janvier 2010, § 20; *Savgin c. Turquie*, 2 février 2010, § 52.

(11) La Cour se réfère déjà à sa « jurisprudence bien établie » en la matière (C.E.D.H., *Zeki Bayhan c. Turquie*, 28 juillet 2009, § 26; *Güvenilir c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 39).

(12) C.E.D.H., *Karabil c. Turquie*, 16 juin 2009, § 43; *Mehmet Ali Ayhan c. Turquie*, 3 novembre 2009, § 26; *Umit Aydin c. Turquie*, 5 janvier 2010, § 46.

(13) Cette vérification pouvait se comprendre du reste dès lors que, généralement invitée à examiner des recours contre des décisions de condamnation, la Cour aurait pu ne pas conclure à une violation du droit à un procès équitable en cas d'écarternement automatique des actes d'enquête effectués lors de la garde à vue en l'absence d'un avocat.

(14) C.E.D.H., *Ibrahim Öztürk c. Turquie*, 17 février 2009, § 48.

soi à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention¹⁵.

Dans un arrêt *Pishchalnikov c. Russie* du 24 septembre 2009, la Cour a expressément affirmé que, ayant considéré que la restriction du droit d'accès à un avocat n'était pas justifiée en l'espèce, elle n'avait pas besoin de vérifier quel effet cette restriction avait eu sur le caractère équitable de l'ensemble de la procédure¹⁶.

Le 13 octobre 2009, la Cour de Strasbourg lève définitivement toute ambiguïté sur l'interprétation à donner à son arrêt *Salduz*. Après avoir constaté que « le requérant n'a pas bénéficié de l'assistance d'un conseil lors de sa garde à vue parce que la loi en vigueur à l'époque pertinente y faisait obstacle », elle affirme sans ambages qu'une « telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes, suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, nonobstant le fait que le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue »¹⁷.

2

La jurisprudence de la Cour de cassation : la chèvre et le chou

2.1. *Salduz* et la législation belge

Le droit belge ne prévoit pas l'assistance d'un avocat lors du premier interrogatoire par les services de police. En effet, le secret de l'information et de l'instruction, imposé par les articles 28quinquies et 57, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, s'y oppose. Il résulte en outre des articles 16, § 4 et 20, § 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive que l'inculpé ne peut communiquer librement avec son avocat qu'après sa première audition par le juge d'instruction.

La Cour de cassation a été saisie de plusieurs pourvois dirigés contre des arrêts de chambres des mises en accusation et fondés sur la jurisprudence strasbourgeoise. Dans un premier arrêt du 11 mars 2009¹⁸, la Cour de cassation a privilégié l'interprétation de la jurisprudence européenne la moins dommageable pour la législation belge. Selon la Cour, « si l'article 6 de la Convention peut être invoqué dès la phase préparatoire d'un procès-pénal, il ne s'en déduit pas que le respect de ses dispositions ne puisse également être vérifié quant à la procédure suivie le cas échéant, devant la juridiction

(15) *Ibidem*, § 49. Voy. également C.E.D.H., *Ongun c. Turquie*, 23 juin 2009, § 33; *Gök et Güler c. Turquie*, 28 juillet 2009, § 46; *Ozcan Colak c. Turquie*, 6 octobre 2009, § 46.

(16) C.E.D.H., *Pishchalnikov c. Russie*, 24 septembre 2009, § 81.

(17) C.E.D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 33, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1937 et note Marc Nève. La Cour a réitéré cette position dans un arrêt *Boz c. Turquie* du 9 février 2010, concluant à la violation de l'article 6, § 3, c, de la Convention combiné avec l'article 6, § 1^{er}, sans relever l'influence des déclarations faites en l'absence d'un avocat sur la condamnation (C.E.D.H., *Boz c. Turquie*, 9 février 2010, § 33). Celle-ci n'est indiquée que dans l'exposé des faits (§ 12).

(18) Cass., 11 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 526 et note B. Dufour.

de jugement »¹⁹. Et la Cour de décider que les juridictions d'instruction, appelées à statuer sur le maintien de la détention préventive d'un détenu privé d'assistance juridique lors de son premier interrogatoire, avaient pu considérer sans violer l'article 6 que cette restriction n'était pas de nature à empêcher le déroulement d'un procès équitable devant le juge du fond²⁰.

Quelques mois plus tard, la Cour de cassation maintenait sa position. Dans un arrêt du 29 décembre 2009, elle jugeait ainsi que « ni l'article 6.1 ni l'article 6.3, c, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels qu'interprétés actuellement par la Cour européenne des droits de l'homme, n'obligent les juridictions d'instruction à donner sur-le-champ mainlevée du mandat d'arrêt délivré à charge d'une personne inculpée d'assassinat, au seul motif qu'avant sa comparution devant le magistrat instructeur, cette personne a été entendue par la police et y a consenti un aveu sans que l'accès à un avocat lui ait été ménagé dès le premier interrogatoire »²¹. Selon la Cour, les juridictions d'instruction conservent le pouvoir d'examiner si la violation alléguée est ou non de nature à empêcher le déroulement d'un procès équitable. Dans un arrêt du 13 janvier 2010, la Cour a réitéré ces motifs et conclu qu'en « décidant que l'omission dénoncée par le demandeur ne saurait, à ce stade de la procédure, entraîner ni sa mise en liberté, ni l'irrecevabilité de l'action publique, ni la nullité des procès-verbaux critiqués, les juges d'appel ont répondu à ses conclusions et légalement justifié leur décision »²².

2.2. L'arrêt du 24 février 2010

En ce qui concerne les faits et antécédents de la cause, ils n'appellent guère de grands développements. M. Mercatali, demandeur en cassation, a été entendu par la police et le juge d'instruction, puis placé sous mandat d'arrêt sans avoir été assisté d'un avocat dès le premier interrogatoire de police. Dans les cinq jours de la délivrance du mandat d'arrêt, la chambre du conseil a confirmé le maintien de la détention préventive. Par un arrêt du 12 février 2010 qui est attaqué par le demandeur, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles a rejeté l'appel formé contre la décision de la chambre du conseil. Le moyen du demandeur en cassation était, sans surprise dans le contexte actuel, pris de la violation du droit à un procès équitable.

La Cour de cassation relève que la chambre des mises en accusation n'a statué que sur le maintien de la détention préventive et qu'elle n'a pas utilisé, pour fonder une condamnation, des déclarations auto-incriminantes faites lors d'un in-

terrogatoire de police en l'absence d'un avocat. Elle en déduit qu'« il ne saurait être conclu d'entrée de jeu à une violation du droit à un procès équitable ». En effet, selon la Cour, il est impossible à ce stade d'affirmer que la juridiction de jugement, à supposer qu'elle soit saisie des poursuites, condamnera le demandeur en se fondant sur ses premières déclarations. Après avoir reformulé le motif précité de son arrêt du 29 décembre 2009, la Cour conclut que l'existence d'un aveu, « même recueilli de la sorte, ne constitue donc pas, en soi, un obstacle légal à la poursuite de l'instruction et à la continuation éventuelle des mesures de contrainte qui l'accompagnent ».

3

Analyse d'une gestion de crise

Il ne sera pas fait l'affront au lecteur de lui rappeler la signification du principe de la primauté de la norme internationale dotée d'un effet direct sur la norme nationale et l'obligation subséquente pour les juridictions d'écarter celle-ci au profit de celle-là en cas d'incompatibilité entre ces normes²³. La Cour de cassation a reconnu l'effet direct tant de l'article 6 que de l'article 13 de la Convention²⁴.

L'autorité de la chose interprétée qui s'attache aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme lie les juridictions belges dans leur interprétation de la Convention²⁵. Dans un arrêt

du 10 juin 2009²⁶, la Cour de cassation a ainsi appliqué les enseignements de l'arrêt *Taxquet* de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷ avant l'intervention du législateur²⁸ en cassant les arrêts de cours d'assises qui, en vertu des articles 342 et 348 du Code d'instruction criminelle, n'étaient pas suffisamment motivés²⁹.

Or, les derniers arrêts de la juridiction européenne ne laissent plus de doute : la restriction systématique du droit de l'accès à un avocat dès le premier interrogatoire de la police, telle qu'elle résulte de la législation belge, constitue, en soi, une violation de l'article 6, § 3, c, de la Convention, lu en combinaison avec son article 6, § 1^{er}³⁰. Dans une décision du 2 mars 2010 sur la recevabilité, la Cour strasbourgeoise a du reste explicitement constaté que le droit du requérant d'avoir accès à son avocat avait « été restreint par l'état de la législation en vigueur, à savoir l'article 16, § 2, de la loi du 20 juillet 1990 qui ne prévoit pas l'assistance d'un avocat au cours de l'interrogatoire par le juge d'instruction ou avant celui-ci »³¹. La législation belge, en ce qu'elle restreint ce droit, doit donc être écartée par les juridictions belges.

Dans ses conclusions avant l'arrêt précité de la Cour de cassation du 13 janvier 2010, M. l'avocat général D. Vandermeersch reconnaît que « la Cour européenne remet en question fondamentalement la façon dont est organisée en Belgique la phase initiale de l'interpellation d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction »³². En ce qui concerne la question de l'incidence immédiate de la jurisprudence *Salduz* sur les procédures en cours, il propose un raisonnement par analogie de la jurisprudence relative aux arrêts « lacune » de la Cour constitutionnelle³³. Il résulte en substance de cette jurisprudence de la Cour de cassation que, lorsque la Cour constitutionnelle constate qu'une disposition légale comporte une lacune, le juge doit la combler sauf si une nouvelle pesée des intérêts sociaux ou une mo-

(23) Jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis son arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 (*Pas.*, I, p. 887 et les conclusions de l'avocat général Ganshof van der Meersch). Pour des développements récents sur la notion d'effet direct, voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles - Athènes, Bruylant - Sakkoulas, 2008, pp. 259-284; J. PIERET, « L'incidence du juge belge sur l'effectivité de la Convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct », *Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 83-143.

(24) Voy. les références citées par J. PIERET, *op. cit.*, pp. 97 et s.

(25) Dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, la Cour européenne des droits de l'homme énonçait déjà que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de parties contractantes » (§ 154). Sur l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour, voy. J. POLAKIEWICZ, « The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights », in *Fundamental Rights In Europe - The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn & Jorg Polakiewicz (éd.), New York, Oxford University Press, 2001, p. 73 et les références citées; 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 C.U.P., vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, pp. 12-20; T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, « *Salduz* : *Nemo tenetur in meer...* », *op. cit.*, pp. 206-207. Il est donc particulièrement de prétendre que l'arrêt *Salduz*, ne portant que sur la législation turque, n'a qu'une « valeur indicative » et n'emporte « pas de conséquences directes pour la Belgique », notamment « aucune obligation d'adapter la législation » (réponse du 20 mars 2009 donnée par le ministre de la Justice à une question écrite n° 4-2226 de la sénatrice Margriet Hermans, posée le 8 janvier 2009 et disponible à l'adresse suivante, visitée le 1^{er} avril 2010 :

<http://www.senate.be/www/?Mlval=/vragen/SchriftelijkVraagPrint&LEG=4&NR=2226&LANG=nl>).

(26) *J.T.*, 2009, p. 431. La Cour avait déjà reconnu l'autorité de chose interprétée des arrêts européens dans son arrêt du 10 mai 1989 (*J.T.*, 1989, p. 330; *Pas.*, I, 948).

(27) C.E.D.H., *Taxquet c. Belgique*, 13 janvier 2009, *J.T.*, 2009, p. 284 et note J. VAN MEERBECK; *J.L.M.B.*, 2009, p. 204.

(28) Voy. depuis la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, *M.B.*, 11 janvier 2010.

(29) Voy. également *Cass.*, 19 mai 2009, R.G. n° P.09.0250.N; *Cass.*, 30 septembre 2009, *J.T.*, 2009, p. 691 et note J. VAN MEERBECK; *J.L.M.B.*, 2009, p. 1640.

(30) En ce sens, voy. notamment l'avis du Conseil supérieur de la justice du 24 juin 2009 « 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 »; R. MOLDERS, *op. cit.*, p. 119; M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, pp. 980-981; A. KETTELS, *op. cit.*, p. 1002; T. DECAIGNY, « De bestaan van een advocaat... », *op. cit.*, p. 4 et les références citées.

(31) La décision contient une erreur de forme, visant « le refus de permettre au requérant d'avoir accès à son avocat » au lieu de son droit d'avoir accès à un avocat, mais elle ne peut prêter à confusion dès lors qu'elle vise ses décisions *Salduz* et *Dayanan* et rappelle qu'une restriction du droit d'accès à un avocat sur une base systématique doit suffire à faire conclure en soi à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention (C.E.D.H., *Bouglame c. Belgique* (recev.), 2 mars 2010, requête n° 16147/08). En l'espèce, la Cour a cependant jugé la demande irrecevable, le requérant ayant été acquitté et « le défaut dont était entachée la procédure » devant dès lors « être considéré comme ayant été redressé ».

(32) *J.T.*, 2010, p. 74.

(33) *Ibidem*, p. 75.

dification légale des règles existantes s'imposent, et donc l'introduction d'une nouvelle réglementation³⁴.

Selon M. l'avocat général, étant donné l'étendue de la problématique soulevée, la divergence d'interprétations et la reconnaissance par la Cour européenne elle-même de la marge d'appréciation laissée aux États en ce qui concerne les conditions d'exercice du droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, l'établissement de ces dernières « implique une réforme fondamentale des règles de procédure » qui ne peut être adoptée que par le législateur³⁵. Il affirme que, la Cour de cassation ne pouvant se substituer au législateur sur ce point, elle « doit examiner l'impact de la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne dans le cadre restreint du pourvoi dont l'examen lui est délégué » et conclut prudemment que, si l'on suit l'analyse de la Cour de cassation dans son arrêt précité du 29 décembre 2009, « en considérant (...) qu'il existe des indices sérieux de culpabilité résultant avant tout des déclarations des témoins, des constatations des enquêteurs et des éléments matériels recueillis et en décidant que l'omission dénoncée par le demandeur ne saurait, à ce stade de la procédure, entraîner ni sa mise en liberté, ni l'irrecevabilité de l'action publique, ni la nullité des procès-verbaux critiqués, l'arrêt attaqué a répondu à ses conclusions et légalement justifié sa décision »³⁶.

Il va de soi qu'il appartient en principe au législateur de déterminer les modalités d'exercice du droit d'accès à un avocat dès le premier interrogatoire de la police³⁷. La Cour européenne des droits de l'homme ne tolère cependant pas qu'un État suspende l'application de la Convention en attendant l'aboutissement tardif d'une réforme législative³⁸. Aussi, en attendant

une réaction appropriée du législateur³⁹, il convient d'examiner quelles sont les obligations qui s'imposent aux juridictions belges, tant pour les affaires en cours, où une violation du droit à un procès équitable a déjà eu lieu (4.1), que pour les affaires à venir, mais antérieures à l'entrée en vigueur d'une éventuelle modification législative (4.2)⁴⁰. En effet, il incombe en principe à toutes les autorités nationales de prévenir ou de redresser les violations de la Convention, en vertu de son article 1^{er}, qui dispose que ce sont les autorités nationales qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés qu'elle garantit, et de son article 13, qui prévoit le droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale. L'objet de cette dernière disposition, dont les exigences doivent être regardées comme renforçant celles de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, est en effet de fournir un moyen au travers duquel les justiciables peuvent obtenir, au niveau national, le redressement des violations de leurs droits garantis par la Convention, avant d'avoir à mettre en œuvre le mécanisme subsidiaire de plainte devant la Cour⁴¹.

4

Quelques suggestions, en attendant Godot

4.1. Affaires en cours

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les règles de recevabilité des preuves relèvent en principe du droit national, à condition qu'elles n'entraînent pas des violations de la Convention⁴². À cet égard, la Cour ne critique pas seulement le caractère déterminant de déclarations effectués sans la présence d'un avocat dans la condamnation, mais également le simple fait que ces déclarations soient devenues « des éléments de preuve dans les motifs de l'arrêt » de condamnation⁴³. Selon la Cour, les principes que *Salduz* pose « absorbent ceux dégagés » dans des arrêts antérieurs⁴⁴, qui condamnent l'utilisation de déclarations obtenues sous la contrainte pour asseoir une condamnation⁴⁵. Selon la Cour de cassation,

« la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement », notamment « lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable »⁴⁶.

Même à considérer que la jurisprudence précitée de la Cour de cassation en matière de lacune anticonstitutionnelle puisse être appliquée par analogie à une lacune anti-conventionnelle⁴⁷, il n'en reste pas moins que, d'un point de vue strictement théorique, les problématiques *Taxquet* et *Salduz* semblent relativement comparables en termes d'intégration du prescrit strasbourgeois dans le droit interne⁴⁸.

En effet, alors que l'obligation de motivation des décisions des jurys d'assises requerrait une intervention du législateur afin d'en définir les modalités⁴⁹, certaines cours d'assises ont décidé de motiver leurs arrêts et la Cour de cassation a fini par casser les arrêts d'assises qui n'étaient pas motivés⁵⁰.

De la même façon, il incombe aux juridictions du fond d'écarter les déclarations auto-incriminantes effectuées en l'absence d'un avocat et la Cour suprême devrait annuler les décisions finales de condamnation d'une personne ayant utilisé de telles déclarations⁵¹. Une telle solution serait conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci considère que « la forme la plus appropriée de redressement pour une violation de l'article 6, § 1^{er}, consiste à faire en sorte que le requérant se retrouve autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne si cette disposition n'avait pas été méconnue »⁵², le cas échéant en recommençant le procès dans le respect l'article 6, § 1^{er}, de la Convention⁵³.

(34) Voy. les arrêts cités par D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 75. Dans son arrêt du 3 novembre 2008, la Cour de cassation a ainsi jugé : « Le juge est tenu de remédier dans la mesure du possible à toute lacune de la loi qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution dont la Cour constitutionnelle a constaté l'existence. 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 » (Cass., 3 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 87). En matière pénale, il convient en outre d'être attentif aux exigences accrues du principe de légalité.

(35) Ses conclusions précitées, p. 75.

(36) *Idem*.

(37) C.E.D.H., *Kuralic c. Croatie*, 15 octobre 2009, § 47.

(38) Dans son arrêt *Vermeire c. Belgique*, la Cour européenne a considéré qu'elle ne discernait pas ce qui pouvait empêcher les juridictions belges de se conformer aux conclusions de son célèbre arrêt *Marckx*, dès lors qu'un « remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispensable au respect de la Convention, telle que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire *Marckx* » (*Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, § 25-26). Et la Cour de préciser que « la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979 » (§ 26).

(39) Voy. ci-après, point 5.

(40) La circulaire n° COL7/2010, qui a été adoptée le 4 mai 2010 par le collège des procureurs généraux et qui prévoit l'enregistrement audio et vidéo de toute personne suspectée d'infractions graves », n'est pas suffisante à cet égard.

(41) C.E.D.H., *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 152. Sur le sujet, voy. J. Polakiewicz, *op. cit.*, p. 66.

(42) C.E.D.H., *Shabelnik c. Ukraine*, 19 février 2009, §§ 54-55.

(43) C.E.D.H., *Ibrahim Öztürk c. Turquie*, 17 février 2009. Voy. également C.E.D.H., *Soyhan c. Turquie*, 6 octobre 2009, § 37, qui évoque des « éléments parmi d'autres dans les motifs de l'arrêt de la cour de sûreté de l'État ».

(44) Notamment C.E.D.H., *Örs et autres c. Turquie*, 20 juin 2006, §§ 59-61; *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, § 122.

(45) C.E.D.H., *Mehmet Ali Ayhan c. Turquie*, 3 novembre 2009, § 26; *Karabil c. Turquie*, 16 juin 2009, § 43; *Ümit Aydın c. Turquie*, 5 janvier 2010, § 46. Voy. également C.E.D.H., *Soyhan c. Turquie*, 6 octobre 2009, § 37. Voy. toutefois l'arrêt *Kuralic c. Croatie*, dans lequel la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention, les déclarations incriminantes du suspect ayant été corroborées par les déclarations d'un témoin et les analyses

A.D.N. (C.E.D.H., *Kuralic c. Croatie*, 15 octobre 2009, § 49).

(46) Cass., 14 octobre 2003, *Pas*, 2003, n° 1607; *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note F. Kuty.

(47) La position de l'avocat général D. Vandemeersch nous semble pouvoir davantage s'appuyer sur la distinction doctrinale et jurisprudentielle entre obligation positive et négative résultant, pour les autorités étatiques, d'une norme internationale. Alors que la seconde permettrait une applicabilité directe de la règle en ce qu'elle ne requiert qu'une abstention de l'autorité, la première ne pourrait jouir d'un effet direct, dès lors qu'elle nécessite une intervention positive de l'État. Voy. cependant les théories doctrinales qui invitent à dépasser cette distinction (J. PIÉRET, *op. cit.* pp. 120 et s. et les références citées), et qui trouvent un écho dans l'arrêt précité de la Cour de cassation du 10 juin 2009.

(48) Sur le problème, nettement plus complexe d'un point de vue juridique, que pose le contentieux post-électoral belge au regard du droit international, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Les assemblées, juges du contentieux postélectoral : une institution en sursis? », in *Droits de l'homme et droit parlementaire*, Bruges, die Keure, 2010, à paraître.

(49) Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner le caractère élaboré de la nouvelle procédure établie par les articles 329 et suivants du Code d'instruction criminelle.

(50) Voy. notamment Cass., 19 mai 2009, R.G. n° P.09.0250.N et Cass., 10 juin 2009, *J.T.*, 2009, p. 431 et conclusions du M.P.

(51) Voy. cependant l'arrêt du 12 janvier 2010 par lequel la cour d'appel de Liège a confirmé un jugement du tribunal correctionnel de Verviers condamnant le prévenu, alors que celui-ci avait été auditionné sans la présence d'un avocat (Liège, 8^e ch., 12 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 452).

(52) C.E.D.H., *Yusuf Gezer c. Turquie*, 1^{er} décembre 2009, § 48; C.E.D.H., *Ditaban c. Turquie*, 14 avril 2009, § 56.

(53) C.E.D.H., *Ditaban c. Turquie*, 14 avril 2009, § 56.

Il convient de préciser que les pourvois soumis jusqu'à présent à la Cour dans le cadre du droit à l'assistance d'un avocat présentaient comme particularité qu'ils étaient dirigés contre des arrêts de chambres de mises en accusation statuant sur le maintien de la détention préventive et non sur des décisions finales de condamnation⁵⁴. Or, on ne peut que suivre M.-A. Beernaert lorsqu'elle affirme qu'il serait « erroné de conclure, *ipso facto*, que le seul fait qu'une audition se soit déroulée sans l'assistance d'un avocat, il s'ensuivrait que l'intégralité des poursuites devraient être déclarées irrecevables »⁵⁵.

Il n'en demeure pas moins que la violation de l'article 6 au stade préliminaire de l'enquête ne peut rester sans suite. À la lumière de la jurisprudence européenne, la lecture combinée des articles 1^{er} et 13 de la Convention, qui chargent les autorités nationales de redresser les violations de celle-ci, et de ses articles 6, § 1^{er}, et 6, § 3, c, qui commandent l'écartement de déclarations auto-incriminantes effectuées en l'absence d'un avocat, impose cet écartement dès le stade du contrôle de la procédure par les juridictions d'instruction⁵⁶. Ce redressement immédiat par les juridictions d'instruction non seulement respecte l'esprit de la Convention, empêchant que les juges du fond puissent être inconsciemment influencés par la prise de connaissance des actes illicites, mais permet également d'éviter, à titre préventif, leur utilisation explicite par ces juges et donc une nouvelle violation du droit à un procès équitable⁵⁷.

En droit belge, on relèvera du reste que, conformément à l'article 131 du Code d'instruction criminelle, la chambre du conseil prononce, s'il y a lieu, la nullité de l'acte et de tout ou partie de la procédure subséquente lorsqu'elle constate une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve, les pièces déclarées nulles étant retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance⁵⁸.

L'article 235bis du Code d'instruction criminelle dispose que, dans tous les cas de saisine, la chambre des mises en accusation contrôle, sur la réquisition du ministère public ou à la requête d'une des parties, la régularité de la procédure qui lui est soumise. Elle prononce la nullité de tout acte entaché d'irrégularité, d'omission

ou d'une cause de nullité visée à l'article 131 précité, et de tout ou partie de la procédure ultérieure. Les pièces annulées sont également retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, après expiration du délai de cassation⁵⁹.

Selon la Cour de cassation, la violation des droits de défense de l'inculpé et de l'article 6, § 3, de la Convention constitue une cause de nullité visée à l'article 131, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle⁶⁰. Par conséquent, l'obligation pour les juridictions d'instruction de constater la nullité des déclarations de l'inculpé recueillies en l'absence d'un avocat afin qu'elles soient retirées du dossier s'impose également au regard du droit belge⁶¹. L'objectif des articles 131, § 2 et 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle est en effet d'éviter que le juge du fond se trouve dans la situation où sa conviction pourrait être influencée par la connaissance qu'il a eue du contenu des pièces illicéales.

La compétence de la chambre des mises en accusation fondée sur l'article 235bis du Code d'instruction criminelle est également valable en degré d'appel en matière de détention préventive⁶². La Cour de cassation considère cependant que, lorsque les irrégularités, omissions ou nullités soulevées concernent les conditions légales de maintien de la détention préventive, seules les dispositions procédurales de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive sont applicables⁶³. Selon la haute juridiction, « lorsqu'un inculpé invoque la nullité d'un acte d'instruction et de la procédure fondée sur cet acte afin d'en déduire qu'il n'existe aucun indice de culpabilité justifiant le maintien de la détention préventive, la juridiction d'instruction n'est tenue qu'à un examen *prima facie* de l'irrégularité invoquée »⁶⁴. Cependant, lorsque la chambre des mises en accusation est appelée à se prononcer sur la régularité d'un acte d'instruction sur la base de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, elle est tenue de procéder à cet examen, bien qu'elle puisse le remettre à une date ultérieure⁶⁵.

Si la Cour de cassation peut dès lors affirmer qu'un aveu recueilli en l'absence d'un avocat « ne constitue donc pas, en soi, un obstacle lé-

gal à la poursuite de l'instruction et à la continuation éventuelle des mesures de contrainte qui l'accompagnent »⁶⁶, c'est à condition que cet aveu soit retiré dès que possible du dossier pénal, d'une part, et que les conditions de la détention préventive soient examinées par une juridiction d'instruction en faisant abstraction de la pièce litigieuse, d'autre part. En revanche, on ne peut suivre la Cour lorsqu'elle décide que, dans le cas d'un tel aveu « il ne saurait être conclu d'entrée de jeu à une violation du droit à un procès équitable »⁶⁷, que la nullité des procès-verbaux critiqués ne doit pas être déclarée à ce stade de la procédure ou que ni les articles 6.1 et 6.3, c, de la Convention, ni l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, n'enlèvent aux juridictions d'instruction statuant sur la détention préventive « le pouvoir d'examiner si la violation alléguée est ou non de nature à empêcher le déroulement d'un procès équitable »⁶⁸.

Un problème potentiellement considérable se pose néanmoins en ce qui concerne toutes les détentions préventives fondées sur un mandat d'arrêt décerné par un juge d'instruction en l'absence d'un avocat. L'article 16, § 2, de la loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive dispose en effet qu'à défaut d'interrogatoire par le juge d'instruction, l'inculpé est mis en liberté. Cela signifie-t-il que tous les personnes qui se trouvent actuellement en détention préventive sur la base d'un mandat d'arrêt décerné en l'absence d'un avocat doivent être remises en liberté? Ainsi que l'observe M.-A. Beernaert, la mise à l'écart du dossier notamment de l'interrogatoire de l'inculpé par le juge d'instruction ne signifie pas que cet interrogatoire n'a pas eu lieu⁶⁹. Il incombe cependant aux juridictions d'instruction, lors de l'examen du maintien de la détention préventive prévu aux articles 21, § 4⁷⁰, et 22, alinéa 6, de loi sur la détention préventive, de ne tenir compte que des éléments de preuve rassemblés dans le respect du droit au procès équitable lorsqu'elles vérifient s'il subsiste des indices sérieux de culpabilité à charge de l'inculpé et s'il existe des raisons conformes à l'article 16, § 1^{er}, de la loi sur la détention préventive, de maintenir la détention⁷¹. Cette solution n'est certes pas idéale, mais elle nous semble être la seule à même d'assurer l'équilibre entre les exigences de sécurité publique et le droit à un procès équitable de l'individu.

Il convient de rappeler que, conformément à l'article 28, § 1^{er}, de la loi relative à la détention préventive, le juge d'instruction peut décerner un mandat d'arrêt en tout état de cause contre l'inculpé remis en liberté si celui-ci reste en défaut de se présenter à un acte de la procédure ou si des circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire. Le tribunal ou la cour, selon le cas, peut également décerner un mandat d'arrêt dans le premier cas.

(66) Cass., 24 février 2010, annoté. Voy. également Civ. Liège, ch. jeun., 19 février 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 606.

(67) Cass., 24 février 2010, annoté. Voy. également, plus récemment, Cass., 5 mai 2010, R.G. n° P.10.0744.R, inédit.

(68) Cass., 29 décembre 2009, R.G., n° P.09.1826.F, précité.

(69) M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 987.

(70) En ce qui concerne le mandat d'arrêt, l'article 21, § 4, de la loi sur la détention préventive dispose que la chambre du conseil « s'assure de la régularité du mandat d'arrêt au regard des dispositions de la présente loi ».

(71) En ce sens, voy. M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 988.

(54) À l'exception d'un arrêt récent du 5 mai 2010 (R.G. n° P.10.0257.F, inédit), dans lequel la Cour a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Liège condamnant le demandeur en cassation, au motif que les juges du fond ne s'étaient pas appuyés sur le contenu des auditions effectuées sans la présence d'un avocat.

(55) M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 985; T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, p. 209. Voy. également Liège, 12 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 454.

(56) Dans le même sens, voy. M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 986. Sur la portée de l'écartement des éléments de preuve recueillis à la suite de la violation d'une disposition conventionnelle, voy. M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 983; T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, p. 209; Cass., 18 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 637.

(57) Cependant, la violation ayant été commise, il est toujours possible que la Cour européenne des droits de l'homme octroie au requérant une indemnité à titre de satisfaction équitable sur la base de l'article 41 de la Convention. Voy. en ce sens C.E.D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, §§ 39-42.

(58) Conformément à l'article 135 du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation statue sur les appels dirigés contre les ordonnances de la chambre du conseil et relatifs notamment aux irrégularités, omissions ou causes de nullité visées à l'article 131.

(59) Article 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle.

(60) Cass., 28 juin 2000, *Pas.*, I, n° 414. Voy. également les observations de D. VANDERMEERSCH et O. KLEES sous Cass., 7 juin 2000, *J.T.*, 2000, p. 700.

(61) Dans le même sens, voy. M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 986; J. STEVENS, G. LATOIR, *op. cit.*, p. 225. Cette possibilité n'existe pas dans le cadre de l'information (à cet égard, voy. A. KETTELS, *op. cit.*, p. 1005). Il incombe à notre sens au ministère public d'écarter d'initiative les pièces litigieuses.

(62) Cass., 6 octobre 1999, *Pas.*, I, n° 514.

(63) Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 106 et la note signée de M.D.S.

(64) *Idem*. La Cour a précisé récemment que « le contrôle prévu à l'article 235bis du Code d'instruction criminelle concerne les actes d'instruction proprement dits, à l'exclusion des pièces relatives à la détention préventive pour laquelle le législateur a prévu une procédure distincte » (Cass., 16 janvier 2008, *Pas.*, I, n° 126). Sur le caractère relatif de l'autonomie du régime de la détention préventive par rapport au Code d'instruction criminelle, voy. J. ANDRIES, « Les irrégularités réparables en matière de détention préventive », note sous Cass., 14 avril 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 1230.

(65) Cass., 9 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 585; Cass., 3 juillet 2007, *Pas.*, I, n° 1396; Cass., 22 septembre 2009, R.G. n° P.09.1389.N, N.C., 2010, p. 84.

4.2. Affaires à venir

D'ici l'intervention législative, le délicat problème du redressement des violations de la Convention devrait être écarté en empêchant que ces dernières soient commises dans les futurs dossiers. Il s'agit d'envisager la réaction qui doit être adoptée dès maintenant par les services de police, le parquet et les juges d'instruction, afin d'éviter que ne soit soulevée systématiquement la nullité de toute audition effectuée au stade de l'enquête et, le cas échéant, la multiplication des recours à Strasbourg dans le sillage des nombreuses affaires turques.

Il leur incombe d'écarter les dispositions légales incompatibles avec le droit international conventionnel doté d'un effet direct et de communiquer au suspect son droit d'être assisté d'un avocat⁷², la possibilité qu'il a de renoncer de façon univoque à ce droit⁷³, mais également son droit au silence. Celui-ci, outre qu'il est prévu par l'article 14.3, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de laquelle notre système paraît peu compatible. La Cour considère que la notification par les enquêteurs à l'accusé de son droit au silence est une « reconnaissance minimale » de ce droit et rencontre à peine l'objectif minimum d'informer l'accusé des droits que le droit lui confère⁷⁴. L'obligation d'informer la personne entendue de ce que ses déclarations peuvent être utilisées comme preuve en justice, telle qu'elle résulte de l'article 47bis du Code d'instruction criminelle, n'est pas suffisante à cet égard. Elle concrétise tout au plus l'obligation d'informer le suspect de la conséquence de sa renonciation au droit au silence⁷⁵.

Plusieurs problèmes pratiques ne manqueront pas de se poser. Sans avoir l'occasion de les développer, il convient de les envisager succinctement.

Tout d'abord, un système doit être mis en place d'urgence pour les personnes interrogées⁷⁶ qui ne parviennent pas à joindre leur avocat, qui n'en ont pas ou qui n'ont pas les moyens d'en avoir. En attendant la nécessaire adaptation du système de l'aide juridique, le barreau pourrait mettre en place une liste d'avocats volontaires qui seraient de garde, à l'instar des magistrats du parquet et de l'instruction⁷⁷. En cas de situation d'indigence des personnes concernées, les avocats pourraient faire valider leur désignation par le bureau d'aide juridique le lendemain de leur intervention.

(72) M. l'avocat général admet du reste concevoir « aisément que certains droits, tels que l'avertissement explicite du droit au silence ou l'avertissement du droit d'être assisté par un avocat, puissent être immédiatement mis en œuvre sans intervention du législateur (...) » (ses conclusions précitées p. 75).

(73) Sur la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, voy. ci-après, point 5.

(74) C.E.D.H., *Pishchalnikov c. Russie*, 24 septembre 2009, § 79. Voy. également C.E.D.H., *Panovits c. Chypre*, 11 décembre 2008, § 74.

(75) L'obligation de communiquer le droit au silence à toute personne interrogée est, heureusement, prévue par la circulaire précitée du collège des procureurs généraux. Sur les conséquences parfois négatives du recours au droit au silence, voy. T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, pp. 203 et 211.

(76) Sur cette notion, voy. ci-après, point 5.

(77) Voy. la réaction positive du barreau flamand à cette idée, J. STEVENS et G. LATOIR, *op. cit.*, p. 226.

Ensuite, une certaine balance de l'intérêt général et de l'intérêt de l'individu doit être opérée en ce qui concerne le délai laissé à l'avocat pour se rendre sur place. À défaut de fixation d'un délai précis, qui doit être laissé à l'appréciation du législateur, un délai raisonnable devra toutefois être respecté, soumis au contrôle ultérieur des juridictions d'instruction ou du fond.

Enfin, en ce qui concerne l'assistance proprement dite de l'avocat avec son client, quelques propositions peuvent être suggérées. Un délai raisonnable d'entretien préalable à toute audition et confidentiel devra en tout état de cause être aménagé.

La question se pose cependant de savoir ce que recouvre la notion d'assistance ou d'accès à un avocat⁷⁸. En effet, deux interprétations de la jurisprudence de la Cour européenne s'affrontent à cet égard⁷⁹. Selon la première, le suspect n'a le droit de consulter son avocat que préalablement au premier interrogatoire⁸⁰. La seconde thèse défend le droit à l'assistance d'un avocat également pendant les interrogatoires. La jurisprudence la plus récente de la Cour strasbourgeoise ne permet plus de soutenir la première thèse. Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 6, § 3, de la Convention dès lors que le requérant avait « été privé de l'assistance d'un conseil lors de sa garde à vue — donc pendant ses interrogatoires — (...) »⁸¹. Elle a également considéré que l'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 »⁸². Selon la Cour, le droit au procès équitable exige que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil, notamment « 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 »⁸³. Enfin, dans son arrêt *Panovits*, la Cour a jugé que le défaut d'assistance juridique durant l'interrogatoire de la police constituerait une restriction de ses droits de défense en l'absence de raisons impérieuses qui ne porteraient pas préjudice au procès équitable dans son ensemble⁸⁴.

La question se pose cependant de savoir si l'intervention de l'avocat ne doit pas s'étendre à tous les actes d'enquête effectués en présence de l'inculpé. Dans son arrêt *Güvenilir*, la Cour européenne des droits de l'homme n'a en effet pas estimé nécessaire de vérifier si la déposition faite par le requérant sans l'assistance de son avocat lors de sa garde à vue avait été prise en considération dans sa condamnation dès lors

(78) Les deux expressions sont employées par la Cour sans qu'elle n'en donne une définition claire.

(79) Voy. à cet égard M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, pp. 974-975, qui les qualifie de thèses minimaliste et maximaliste, et T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, p. 204.

(80) Telle est la position adoptée par le Conseil supérieur de la justice dans son avis précité.

(81) C.E.D.H., *Mehmet Ali Ayhan c. Turquie*, 3 novembre 2009, § 27 ; *Karabil c. Turquie*, 16 juin 2009, § 44 ; *Umit Aydin c. Turquie*, 5 janvier 2010, § 47.

(82) C.E.D.H., *Adamkiewicz c. Pologne*, 2 mars 2010, § 84. Cette expression doit être lue à l'aune des opinions concordantes des juges Zagrebelsky, Casadevall, Türmen et Bratza dans l'affaire *Salduz*.

(83) *Idem* ; C.E.D.H., *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, §§ 31-32.

(84) C.E.D.H., *Panovits c. Turquie*, § 66. Dans le même sens, voy. C.E.D.H., *Demirkaya c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 17.

que d'autres actes d'enquête devenus des éléments de preuve dans les motifs de l'arrêt de condamnation avaient été effectués lors de la garde à vue et en l'absence d'un conseil⁸⁵.

5

Actualité législative

Après une période de torpeur, il semble que le législateur se soit réveillé⁸⁶. Le 25 février 2010, les députés Fouad Lahssani et Stefaan Van Hecke ont déposé une proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive⁸⁷.

L'article 47bis du Code d'instruction criminelle serait adapté de façon à ce qu'il soit communiqué à toute personne auditionnée, entendue « en quelque qualité que ce soit », qu'elle a le droit d'être assistée par un avocat, le cas échéant désigné par le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou son délégué. La proposition de loi impose par ailleurs l'enregistrement vidéo et audio de « toute audition de personne ». En outre, elle prévoit la modification de l'article 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive en prévoyant l'obligation pour le juge d'instruction, avant de procéder à l'interrogatoire de l'inculpé, de l'informer de son droit de s'entretenir avec un avocat et de vérifier que l'avocat de l'inculpé a été informé en temps utile de la comparution devant lui, sous peine de remise en liberté de ce dernier⁸⁸. Enfin, le nouvel article 20, § 1^{er}, de la même loi, disposerait qu'en vue « de préparer la première audition, le suspect peut communiquer librement avec son avocat » et que, « dès la première audition, le suspect peut se faire assister par ce dernier »⁸⁹.

Si on ne peut que se réjouir de cette initiative législative, certaines observations s'imposent néanmoins.

(85) C.E.D.H., *Güvenilir c. Turquie*, 13 octobre 2009, §§ 41-42.

(86) On ne s'étendra pas sur la proposition de loi modifiant l'article 1^{er} de la loi sur la détention préventive (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2008-2009, n° 4-1079/1) qui prévoit le droit d'accès à un avocat pour toute personne qui a été privée de sa liberté pendant plus de huit heures (sur cette proposition, voy. notamment l'avis précité du Conseil supérieur de la justice du 24 juin 2009; voy. également son amendement *Doc. n° 4-1079/2*). Au niveau de l'Union européenne, l'article 2.1 d'une proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, présentée en avril 2004, prévoyait le droit de tout suspect à « l'assistance d'un avocat dans les meilleurs délais et tout au long de la procédure pénale s'il exprime le souhait d'en bénéficier » (COM/2004/0328 final). En l'absence de consensus sur le texte, il n'a pas été adopté. Actuellement, les initiatives les plus concrètes sur cette question consistent en une feuille de route du Conseil visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (résolution du Conseil du 30 novembre 2009, *J.O.U.E.*, 4 décembre 2009, C 295/01).

(87) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2009-2010, n° 52-2444/001.

(88) On peut s'interroger sur le caractère redondant de cette proposition, eu égard au caractère général de l'article 47bis du Code d'instruction criminelle.

(89) Le texte de cette proposition a été repris dans une proposition déposée au Sénat par Mmes Cécile Thibaut et Freya Piryons le 1^{er} avril 2010 (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2009-2010, *Doc n° 4-1741/1*).

Tout d'abord, on peut s'interroger sur la nécessité d'ouvrir le droit à l'assistance d'un avocat à toute personne auditionnée, entendue en quelque qualité que ce soit⁹⁰, alors que l'article 6, § 3, c, de la Convention ne concerne que l'individu qui est « accusé ». Certes, la Cour donne une interprétation large de cette notion, la définissant comme « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale », mais également comme visant des « répercussions importantes sur la situation » du suspect⁹¹. Tant pour des raisons pratiques que pour des raisons budgétaires, il serait peut-être préférable de s'en tenir à la notion d'accusé telle qu'elle a été définie par la Cour européenne des droits de l'homme⁹². En effet, dans la mesure où l'aide juridique s'avérera indispensable dans de nombreux dossiers, elle nécessitera une augmentation conséquente des moyens du bureau d'aide juridique⁹³. En outre, l'exigence de l'enregistrement audio et vidéo requerra des investissements importants dont on peut se demander s'ils seront réalisés dans un délai raisonnable et s'il est proportionné de les exiger pour toute audition quelle qu'elle soit. Sauf une étude préalable de faisabilité, cet enregistrement devrait donc être également limité à l'audition de tout « accusé » au sens de la Convention⁹⁴.

Ensuite, et bien que cela soit précisé dans les développements de la proposition, il n'apparaît pas clairement⁹⁵ que les interrogatoires doivent se faire en présence de l'avocat⁹⁶. Il serait du

reste préférable que le rôle de celui-ci à l'occasion des auditions soit précisé afin d'éviter des incidents déjà prévisibles⁹⁷.

La possibilité pour le suspect de renoncer à son droit au conseil n'est pas davantage évoquée. Or, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la renonciation au droit de demander l'assistance d'un avocat doit être « non équivoque » et entourée d'un « minimum de garanties correspondant à sa gravité »⁹⁸. Étant donné l'importance de ce droit, qui assure l'effectivité des autres droits constitutifs du procès équitable, la Cour précise que cette renonciation ne doit pas seulement être volontaire mais également faite en connaissance de cause⁹⁹. Elle ne peut se déduire du comportement d'un accusé qu'à condition d'établir qu'il pouvait raisonnablement prévoir les conséquences de cette décision¹⁰⁰. Il incombe aux juridictions du fond d'effectuer un « contrôle scrupuleux » de l'univocité de la renonciation, particulièrement en cas de peine sévère et lorsque les preuves recueillies pendant la garde à vue et sans la présence d'un avocat ont servi de fondement à la condamnation¹⁰¹.

Enfin, il serait regrettable que le législateur ne profite pas de cette occasion pour prévoir dans la proposition l'obligation de communiquer au suspect son droit au silence, ainsi que la possibilité de renoncer à ce droit¹⁰², le délai qui doit être laissé à l'avocat pour se rendre sur place, la confidentialité de l'entretien entre l'avocat et son client¹⁰³ ainsi que la conséquence au niveau procédural du non-respect du droit d'accès à un avocat¹⁰⁴.

Dans une proposition de loi déposée le 24 mars 2010, d'autres représentants de la Chambre se sont prononcés pour une modification de notre

procédure pénale¹⁰⁵. Leur version de l'article 47bis du Code d'instruction criminelle présente l'avantage de viser tant le droit au silence que le principe de la renonciation. Ainsi, cette disposition imposerait de communiquer à toute personne interrogée qu'elle a « le droit de se taire, mais que si elle fait quand même des déclarations, ses déclarations peuvent être utilisées comme preuve en justice » et qu'elle « peut recourir à l'assistance d'un avocat, à moins qu'elle y renonce ». Cependant, en matière de détention préventive, l'article 20, § 1^{er}, de la loi relative à la détention préventive, imposerait la possibilité pour l'inculpé de communiquer librement avec son avocat dès la première audition avec le juge d'instruction, « sauf si le juge en décide autrement par ordonnance motivée, parce que les nécessités de l'instruction le commandent ». Cette restriction vise à éviter l'accusation de « restriction systématique » au droit d'accès à un avocat telle qu'elle résulte de notre législation, tout en laissant une porte ouverte à la prise en considération de « circonstances particulières de l'espèce » qui permettraient au juge d'avancer « des raisons impérieuses » de restreindre le droit à l'assistance d'un avocat¹⁰⁶. Outre le fait que cette limitation ne va pas nécessairement dans le sens d'une interprétation dynamique de la jurisprudence strasbourgeoise, son maintien devrait idéalement aller de pair avec une formulation plus précise de la notion de « nécessités de l'instruction », ou avec un contrôle strict par les juridictions d'instruction¹⁰⁷. À défaut, le risque est grand de voir se développer des formules types, de l'ordre de celles qui apparaissent parfois dans le cadre de la demande, de l'octroi ou du maintien du mandat d'arrêt. Certains des autres problèmes soulevés à l'occasion de la première proposition ne sont pas davantage envisagés.

Enfin, une proposition de loi déposée le même jour, mais au Sénat cette fois, s'attaque également à ce sujet épineux¹⁰⁸. L'article 47bis est ici seul modifié¹⁰⁹. Il dispose qu'il est communiqué à toute personne interrogée qu'elle peut demander à être assistée par un avocat et qu'elle a le droit de garder le silence. La proposition prévoit également l'introduction d'un

(105) Proposition de loi déposée le 24 mars 2010, déposée par Mmes Carina Van Cauter, Sabine Lahaye-Battheu, Valérie Déom, Marie-Christine Marghem, Clotilde Nyssens et M. Éric Libert modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive en ce qui concerne les droits des personnes interrogées, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2009-2010, n° 52- 2504/001.

(106) Dans le respect du paragraphe 55 de l'arrêt *Salduz*.

(107) Ainsi que l'observent T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER (*op. cit.*, p. 218), cette exception aurait le mérite de permettre de procéder à l'audition d'un suspect sans son conseil dans des situations urgentes comme en cas de menace pour l'intégrité physique d'une personne.

(108) Proposition de loi déposée le 24 mars 2010 modifiant l'article 47bis du Code d'instruction criminelle déposée par Mme Martine Taelman, Yoeri Vastersavendts, Philippe Mahoux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2009-2010, n° 4-1720/1. Selon les auteurs de la proposition, « Il ressort très clairement de la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme que le droit à l'assistance d'un avocat lors du premier interrogatoire de police ne se limite pas au droit de consulter son conseil préalablement audit interrogatoire ».

(109) Il conviendrait cependant d'adapter également la loi sur la détention préventive, notamment en ce qui concerne la pertinence du maintien du droit de l'inculpé de communiquer librement avec son avocat immédiatement après sa première audition par le juge d'instruction.

(90) Y compris en qualité de témoin ou de victime. Pour une critique d'une telle ouverture du droit à l'assistance d'un avocat, voy. notamment T. DECAIGNY, « De bijstand van... », *op. cit.*, p. 6.

(91) C.E.D.H., *Serves c. France*, 20 octobre 1997, § 42 et les références citées; *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, 29 juin 2007, § 35; *Shabelnik c. Ukraine*, 19 février 2009, § 57. Voy. cependant la récente décision dans laquelle la Cour a considéré que l'article 6 de la Convention était applicable au cas du requérant, qui ayant été interrogé sans avocat lors d'un contrôle routier, avait été « substantiellement affecté » par la situation, mais que sa situation différait des arrêts *Salduz*, le requérant n'ayant pas formellement été arrêté ou interrogé à ce moment par la police (« the Court considers that the circumstances of the case (...), disclose no significant curtailment of the applicant's freedom of action, which could be sufficient for activating a requirement for legal assistance already at this stage of the proceedings »). C.E.D.H., *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, 18 février 2010, §§ 43-51.

(92) *Contra* L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 215. Il va de soi cependant que, dès que les autorités réalisent que les déclarations d'une personne, victime ou témoin, sont susceptibles de l'incriminer, elles doivent interrompre l'audition et lui communiquer ses droits en matière de droit au silence et d'assistance à un avocat.

(93) Il conviendrait d'ailleurs d'ajouter une disposition prévoyant explicitement que la personne qui le demande et qui répond aux conditions des articles 508 à 508/23 du Code judiciaire, peut demander à bénéficier de celle-ci. Sur le sujet, voy. L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 217; M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 984; avis du Conseil supérieur de la justice du 24 juin 2009 précité, p. 12.

(94) Un tel enregistrement présente des avantages incontestables tant pour la personne auditionnée que, quoi qu'en pensent certains, pour l'enquête elle-même. Pour des raisons pratiques d'équipement, l'entrée en vigueur de la disposition qui l'impose devrait cependant être différenciée de l'entrée en vigueur du reste de la loi afin d'éviter soit un report inutile et dommageable de cette dernière, soit la mise en péril des procédures. Il serait également préférable de préciser le fonctionnement de l'enregistrement, en s'inspirant de l'article 112ter du Code d'instruction criminelle.

(95) Sauf, peut-être, en ce qui concerne la première audition par le juge d'instruction.

(96) Une mention explicite serait préférable eu égard à la divergence doctrinale précitée entre thèse minimaliste et maximaliste.

(97) Sur les problèmes que la présence de l'avocat lors des auditions est susceptible de poser, voy. T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, p. 212; K. VAN CAUWENBERGHE, *op. cit.*, p. 199; L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 218.

(98) C.E.D.H., *Savas c. Turquie*, 8 décembre 2009, § 65. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que la case « ne réclame pas » l'assistance d'un avocat, même cochée, d'un formulaire de déposition de l'intéressé ne permet pas d'établir la renonciation à l'aide d'un avocat pour d'autres actes, comme une confrontation ou une reconstitution des faits (§§ 66-67).

(99) La Cour vise le « knowing and intelligent waiver standard » (C.E.D.H., *Pishchalnikov c. Russie*, 24 septembre 2009, § 77).

(100) *Ibidem*, § 78; C.E.D.H., *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, 18 février 2010, § 40.

(101) C.E.D.H., *Savas c. Turquie*, 8 décembre 2009, § 67.

(102) Voy. ci-avant le point 4.2.

(103) L'article 4 de la proposition prévoit la possibilité pour le suspect de communiquer librement avec son avocat, mais cette disposition ne vise que la première audition par le juge d'instruction. Or, les juges de Strasbourg ont récemment réitéré, certes dans le cadre pénitentiaire, « l'importance qu'un avocat puisse s'entretenir avec son client hors de portée d'ouïe des autorités pénitentiaires et en recevoir des instructions confidentielles, à défaut de quoi son assistance perdrait beaucoup de son utilité » (C.E.D.H., *Artimenco c. Roumanie*, 30 juin 2009, § 42 et les références citées).

(104) Bien que l'exclusion de la pièce litigieuse pourrait résulter de la jurisprudence *Antigone*, une consécration légale serait préférable (voy. en ce sens M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 983; T. DECAIGNY et J. VAN GAEVER, *op. cit.*, p. 209 et p. 213). Pour rappel, dans ce célèbre arrêt, la Cour de cassation avait jugé qu'il incombe au juge d'écarter une preuve obtenue illicitement, notamment lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à compromettre le droit à un procès équitable (Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, I, 2007, n° 2226; *T. Strafr.*, 2008, p. 274).

point 2/1 dans cette disposition, formulé comme suit : « Toute personne interrogée peut se faire assister par un avocat. L'interrogatoire peut être reporté dans un délai raisonnable de manière à permettre à un avocat d'être présent lors de celui-ci ». Si la question du report de l'audition afin de permettre à l'avocat d'être présent est abordée, l'usage du verbe « pouvoir », sans autre précision, n'est sans doute pas idéal. En outre, ainsi qu'il l'a été précisé, il serait préférable de fixer un délai de façon plus précise¹¹⁰.

C

Conclusion

Dans un arrêt mettant en cause la Belgique, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'elle ne pouvait « enjoindre à des autorités judiciaires indépendantes d'un État partie à la Convention d'arrêter des poursuites engagées dans le respect de la loi ni au législateur d'adopter une législation avec un contenu dicté par la Cour »¹¹¹. Elle a cependant précisé que,

(110) Le Conseil supérieur de la justice propose un délai de deux heures pour se rendre sur place et un délai de trente minutes pour s'entretenir avec son client (avis précité, p. 14).

(111) C.E.D.H., *De Clerck c. Belgique*, 25 septembre 2007, § 101.

« dans le cas où la durée d'une procédure est jugée excessive et incompatible avec l'exigence du « délai raisonnable » de l'article 6, § 1^{er}, l'accélération et le dénouement dans les meilleurs délais de cette procédure, sous réserve, certes, d'une bonne administration de la justice, s'imposeraient »¹¹².

L'impact de la jurisprudence strasbourgeoise sur notre procédure pénale est considérable. En ratifiant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Belgique a contracté l'obligation de l'observer, telle qu'elle est interprétée par la Cour qui en condamne les violations. À cette fin, elle doit, en particulier, en assurer le respect par ses différentes autorités¹¹³.

Cette obligation implique dans le chef du législateur une certaine réactivité, qui laisse à désirer en l'espèce¹¹⁴. Certes, la difficulté d'adapter

(112) *Idem*.

(113) C.E.D.H., *Martins Moreira*, 26 octobre 1988, § 60.

(114) Sans mentionner le manque de réactivité du ministre de la Justice qui avait annoncé, dans sa politique générale du 6 novembre 2009, avoir demandé, dès le 5 mars 2009, l'avis au ministre de l'Intérieur, au Conseil supérieur de la justice, au collège des procureurs généraux, au conseil des procureurs du Roi, à l'association des juges d'instruction, à l'Ordre des barreaux flamands et à l'Ordre des barreaux francophones et au barreau germanophone (*Doc. parl., Ch., sess. ord., 2009-2010, n° 52-2225/012, p. 23*). Alors qu'il a reconnu avoir reçu ces différents avis, aucun projet de loi n'a à ce jour été déposé (voy. le compte rendu analytique de la commission de la justice de la Chambre des représentants du 23 mars 2010, p. 16 (doc. n° CRABV52-COM842, disponible à l'adresse suivante, consultée le 19 avril 2010 :

un système inquisitoire à une jurisprudence qui consacre de plus en plus le système accusatoire ne peut être sous-estimée¹¹⁵. Elle ne peut cependant justifier une démission du législateur. Celui-ci doit, dans sa tâche, ne pas oublier que la Convention a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹¹⁶, mais également ne pas hésiter à s'appuyer sur les travaux de la doctrine¹¹⁷.

L'urgence de son intervention s'impose dans l'intérêt de l'ensemble des acteurs du système judiciaire, et pas uniquement des individus, parfois privés de leur liberté. En effet, la situation actuelle complique considérablement la mission des autorités judiciaires, tiraillées entre les exigences du droit international directement applicable et leur impact pratique sur le fonctionnement de leur système national. Coïncées entre Charybde et Scylla, ces autorités doivent cependant assurer, dans la mesure du possible et sous peine de recours en masse devant la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁸, le respect de la Convention¹¹⁹.

Jérémie VAN MEERBEECK

Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis
Stagiaire judiciaire

<http://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=search&language=fr&cfm=cfsearch.cfm?>

Alors qu'il a souligné, le 16 mars 2010, le caractère indispensable d'un « encadrement légal clair est indispensable », il semble malheureusement ne pas prendre toute la mesure de l'urgence d'une intervention, observant qu'il « sera intéressant de prendre connaissance du jugement de la grande chambre de la Cour concernant l'arrêt *Sakhnovskiy* du 5 février 2009 », dont il précise qu'il est « attendu en automne » (réponse à la question orale de M. Yoeri Vastersavendts au ministre de la Justice sur « l'assistance obligatoire d'un avocat lors d'un interrogatoire » (n° 4-1155), *Doc. parl., Sénat, sess. ord., 2009-2010, doc. n° 4-116*), disponible à l'adresse suivante, consultée le 19 avril 2010 :

http://www.senate.be/www/?M1val=index_senate&LANG=fr.


(115) De nombreux acteurs de terrain ayant soulevé la difficulté posée par le délai de garde à vue de 24 heures avant l'intervention du juge d'instruction, tel qu'il résulte de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution, la déclaration de révision prévoit la modification de cette disposition, « afin de respecter la jurisprudence européenne en ce qui concerne l'assistance d'un avocat dès la première audition » (*Doc. parl., Sénat, sess. 2009-2010, doc. n° 4-1777/1*). Outre l'ironie de la justification d'une limitation des libertés individuelles (augmentation du délai de 24 heures) par le souci de les protéger (assistance d'un avocat), une telle modification devra être examinée au regard du principe de *standstill*. Sur ce principe, voy. l'étude précitée d'I. Hachez.

(116) C.E.D.H., *Kuralic c. Croatie*, 15 octobre 2009, § 47 et la jurisprudence citée. Dans son arrêt *Preec c. Croatie* du 15 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un cas où deux conseils avaient été désignés mais aucun des deux n'avait pris contact avec le requérant, a ainsi rappelé que le fait de désigner un conseil ne suffisait pas à assurer l'effectivité de l'assistance de celui-ci (§ 30).

(117) Voy. notamment L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, *op. cit.*, pp. 212 et s. et T. DECAIGNY, « De bijstand van een advocaat... », *op. cit.*, pp. 4 et s.

(118) Sans doute suivis, dans l'hypothèse où les requérants condamnés ont obtenu gain de cause, d'une condamnation, d'une demande de réouverture de la procédure pénale sur la base de la loi du 1^{er} avril 2007 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale.

(119) Voy. en ce sens Anvers, 9^e ch., 24 décembre 2009, R.G. n° 973P09, *Juristenkrant*, 2010, (reflet T. DECAIGNY), p. 2.



LES DÉFENSES EN DROIT JUDICIAIRE
Sous la direction scientifique d'Hakim Boularbah et Jean-François van Drooghenbroeck

LES DÉFENSES EN DROIT JUDICIAIRE

Sous la coordination d'Hakim Boularbah, Jean-François van Drooghenbroeck


Avec les contributions de Benoît Allemeersch, Marc Baetens-Spitschinsky, Aude Berthe, Hakim Boularbah, Gilberte Closset-Marchal, Jean-François van Drooghenbroeck, Marie Dupont, Laurent Frankignoul, Vanessa Grella, Charlotte Marquet, Sébastien Ryelandt, Xavier Taton

Cet exposé fait l'état des questions relatives aux moyens de défense en droit judiciaire. Chacun des thèmes abordés propose des éléments de réponse aux questions : par qui, quand et comment ces moyens de défenses peuvent-il être soulevés ?

Version électronique disponible sur www.strada.be

► Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles

Éd. 2010 • 272 p. • 75,00 €



DROIT BANCAIRE GÉNÉRAL
Cédric Alter


DROIT BANCAIRE GÉNÉRAL

Cédric Alter

La matière a connu une évolution considérable ces dernières années, notamment sous l'impulsion du législateur européen. Cet ouvrage offre une synthèse à jour et claire de cette branche du droit que constitue le droit bancaire général.

► Tiré à part du Répertoire Notarial

Éd. 2010 • 408 p. • 260,00 €



commande@deboeckservices.com • Larcier c/o De Boeck Services sprl
Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique • ☎ 0800/99 613 • 📠 0800/99 614

www.larcier.com