

L'égalité des armes dans la phase préliminaire du procès pénal au regard de la jurisprudence.

Mémoire réalisé par
Sara Faga

Promoteur
Marc Verdussen

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

« La force ne vient pas des capacités physiques, elle vient d'une indomptable volonté »

Gandhi.

Je tiens à remercier Marc Verdussen pour m'avoir fait découvrir, en deuxième année, cette matière surprenante qu'est le droit constitutionnel et pour avoir suscité en moi une réelle passion pour celle-ci.

Son aide, sa disponibilité, son écoute et plus particulièrement, ses conseils éclairés m'ont permis de réaliser ce mémoire avec plus de sérénité.

Je tiens à remercier mon amie de toujours, Laura Cohen, sans qui ces années n'auraient pas été les mêmes et qui a également su m'écouter lorsque le doute frappait à ma porte.

Merci à mon papa qui m'a toujours encouragée à me dépasser.

Merci à ma maman pour ses sacrifices, son incroyable soutien et pour la confiance qu'elle a placée en moi dès le début. Confiance qui ne l'a jamais quittée. Merci de m'avoir supportée dans tous les sens du terme.

Merci à Lionel qui a partagé tous ces moments avec moi, les bons et surtout les mauvais. Merci pour le respect dont tu as fait preuve. Merci de m'avoir poussée à faire ce que je voulais, malgré les sacrifices.

Table des matières

INTRODUCTION :	1
CHAPITRE 1 : La définition de l'égalité des armes.....	4
Section 1 : Étendue de la notion.....	4
CHAPITRE 2 : La notion d' « adversaire ».....	7
Section 1 : Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	7
Section 2 : Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.	8
Section 3 : Une définition large de l'adversité ?	11
CHAPITRE 3 : Les conditions de nature à placer une partie dans une position de net désavantage qui porte atteinte aux garanties de l'article 6.	15
Section 1 : Le statut du ministère public.....	15
1. État des lieux.	15
2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.	17
3. Un pouvoir sans nom ?.....	18
Section 2 : L'accès au dossier.....	21
1. Situation belge.....	21
2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.	22
a. Consécration de l'accès au dossier.....	22
b. Un droit qui n'est pas absolu.....	23
c. Un droit dont l'absence peut placer le justiciable dans une position de net désavantage.	24
d. Un droit dont l'absence peut entraîner une violation de l'article 6.....	25
e. Un droit à géométrie variable.	25
3. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	26
a. Un droit non-absolu, nécessaire à l'inculpé détenu.....	26
4. Critique de la procédure mise en place.....	26
a. Ineffectivité des « pseudo-droits » accordés pendant l'information.....	26
b. Avantage de la position de l'inculpé détenu.....	27
c. Les méthodes particulières de recherche dans la ligne de mire.....	29
i. Situation belge : procédure et dossier confidentiel.....	29
ii. Compensation de la restriction d'accès aux preuves : comparaison des jurisprudences.	31

iii. La définition du contenu du dossier.....	37
iv. L'impartialité de la chambre des mises en accusation et son incidence sur l'égalité des armes.....	41
v. Considérations sur le détenu.....	41
Section 3 : La durée d'accès.....	42
1. Situation belge.....	42
2. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	43
3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	43
Section 4 : La contradiction des expertises.....	45
1. Situation belge.....	45
2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	46
3. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	48
4. Comparaison des jurisprudences.....	49
5. L'expertise, l'arbre qui cache la forêt ?.....	50
CONCLUSION :.....	55
BIBLIOGRAPHIE :	58
ANNEXES :	67

INTRODUCTION :

L'article 6¹ de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme « *a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent*² ». Il confère ainsi au citoyen une série de droits lorsque celui-ci fait face à une « accusation en matière pénale ».

En plus du droit d'accès à un tribunal, son premier paragraphe contient des exigences d'ordre institutionnel qui s'attachent à définir la notion de « tribunal » et imposent qu'il remplisse certaines garanties, notamment d'impartialité et d'indépendance.

À celles-ci s'ajoutent des garanties d'ordre procédural qui regroupent, notamment, le droit à la publicité du procès, le droit à être jugé dans un délai raisonnable, le droit à la motivation de la décision, le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination et surtout, le droit à l'égalité des armes et à une procédure contradictoire.

Les paragraphes 2 et 3 contiennent une série de garanties spécifiques attachées à la présomption d'innocence et aux droits de la défense.

La Cour européenne des droits de l'homme a souligné aussi « *l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès*³ ».

Cette affirmation ne fait aucun doute. Cependant la Cour y a apporté un peu plus de contenu en affirmant que l'article 6 ne « *se désintéresse [pas] des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement*⁴ » car certaines de ses « *exigences ..., et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès*⁵ ».

Dès lors, l'enquête devrait être diligentée de manière à ne pas « *compromette gravement le caractère équitable du procès* » et pourrait se voir appliquer une série de garanties et droits énoncés plus haut. Cela n'a rien d'avant-gardiste, après tout la réforme dite du « Petit Franchimont » « *part du principe que l'essentiel du procès pénal devant le tribunal dépend du travail policier et judiciaire effectué en amont, durant les phases d'information et d'instruction*⁶ ».

¹ Voir à ce sujet le guide sur l'article 6 (volet pénal) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950 et ses protocoles additionnels.

² C.E.D.H., arrêt Imbrioscia c. Suisse du 23 novembre 1993, §36.

³ C.E.D.H., arrêt Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne du 6 janvier 2010, §111.

⁴ C.E.D.H., arrêt Imbrioscia c. Suisse du 23 novembre 1993, §36 ; C.E.D.H., arrêt Magee c. Royaume-Uni du 06 juin 2000, §41.

⁵ C.E.D.H., arrêt Imbrioscia c. Suisse du 23 novembre 1993, §36 ; C.E.D.H., arrêt Magee c. Royaume-Uni du 06 juin 2000, §41 ; C.E.D.H., arrêt Navone et autres c. Monaco du 24 octobre 2013, rendu à l'unanimité, §69 ; C.E.D.H., arrêt Fodale c. Italie du 1^{er} juin 2006, §42.

⁶ P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 10 ; H.-D., BOSLY, « L'égalité des armes dans la phase préparatoire du procès pénal », in *Liber amicorum du Professeur E., KRINGS*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 445.

En Belgique, il y a deux voies d'enquête : l'information et l'instruction.

L'information est définie comme l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique. Elle est conduite sous la direction et l'autorité du procureur du Roi compétent qui en assume la responsabilité⁷.

L'instruction regroupe l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause. Elle est conduite sous la direction et l'autorité du juge d'instruction⁸. Le juge d'instruction assume la responsabilité de l'instruction qui est menée à charge et à décharge. Il veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés⁹.

Le juge d'instruction dispose de la faculté d'utiliser la contrainte ou de porter atteinte aux libertés et aux droits individuels, chose que ne peut pas faire, en principe¹⁰, le magistrat du parquet¹¹.

La phase d'enquête est, en principe, inquisitoire. Les objectifs justifiant ce caractère secret sont multiples : « respect de la présomption d'innocence¹² », « éviter de jeter inutilement le discrédit¹³ », « agir vite sans alerter le coupable¹⁴ », « efficacité dans la recherche de la vérité¹⁵ ».

Toutefois, la loi du 12 mars 1998, publiée au Moniteur belge du 02 avril 1998, a tenté d'améliorer la procédure pénale au stade l'information et de l'instruction en apportant une série d'exception au secret de la phase d'enquête.

Je suis d'avis qu'il est nécessaire de conserver les fonctions de ministre public et de juge d'instruction. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que les faits pour lesquels ceux-ci sont saisis sont, en substance, les mêmes. En effet, l'orientation du dossier ne dépendra pas de la gravité des faits mais bel et bien de la nécessité de porter atteinte aux droits et libertés du justiciable. Dès lors, les droits dont il dispose pendant l'enquête ne devraient pas se voir amenuiser sur base d'une décision à laquelle il ne peut rien.

⁷ C.I.C., art. 28bis.

⁸ C.I.C., art. 55.

⁹ C.I.C., art. 56, §1, al.1.

¹⁰ Je souligne.

¹¹ C.I.C., art. 56, al. 4.

¹² P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 10.

¹³ P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 10.

¹⁴ P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 10.

¹⁵ Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n°857/1, p. 7 ; H.-D., BOSLY, « L'égalité des armes dans la phase préparatoire du procès pénal », in *Liber amicorum du Professeur E., KRINGS*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 445 ; N., BANNEUX, « Le caractère contradictoire de certains actes d'instruction essai de synthèse », *J.T.*, p. 66.

Si la loi précitée instaure un cadre juridique à l'information¹⁶, force est de constater qu'elle n'a pas eu sur elle l'influence qu'elle a eu sur l'instruction. Ainsi, si l'instruction devient partiellement contradictoire, l'information reste inquisitoire¹⁷. De plus, par l'institution de la figure de la « mini-instruction », le législateur permet de diminuer les nécessités de recourir à l'instruction¹⁸ et par la même occasion, d'éviter d'emprunter la voie qui accorde des droits plus importants aux parties en cause. De surcroît, la majorité des dossiers sont traités à l'information et pas à l'instruction.

La phase préliminaire restant, à mon avis, insuffisamment réglementée en Belgique, je me suis posée la question de savoir si la jurisprudence constitutionnelle et strasbourgeoise pouvaient venir en aide aux justiciables.

L'examen sera limité aux droits consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et plus spécialement, à l'égalité des armes. Bien étendu, cet article formant un tout, il serait incohérent de l'amputer de certaines de ses garanties, c'est pourquoi, toute référence à d'autres garanties n'est pas à exclure.

Il s'agit de déterminer l'étendue de la notion d'égalité des armes et de comparer la manière dont Cour constitutionnelle et Cour européenne des droits de l'homme l'appliquent à la phase préliminaire du procès pénal. Ainsi, déterminer si la jurisprudence pourrait ouvrir la voie vers l'octroi de droits supplémentaires dans le cadre de l'information ou de l'instruction.

¹⁶ H.-D., BOSLY [e.a], « La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », in *Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, La Charte, 1998, p. 26.

¹⁷ D., DILLENBOURG, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : état de la question et enjeux », in *Actualités de droit pénal*, CUP, Vol. 128, Liège, Anthemis, 2011, p. 39.

¹⁸ *Ibid.*, p. 38.

CHAPITRE 1 : La définition de l'égalité des armes.

Section 1 : Étendue de la notion.

La notion d'égalité des armes est contenue implicitement dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Selon, la Cour européenne des droits de l'homme : « *le principe de l'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause, ses arguments¹⁹, ses preuves²⁰ dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire²¹ ».*

La Cour européenne des droits de l'homme lie profondément le principe de l'égalité des armes au droit à une procédure contradictoire ou à la notion de procès équitable puisqu'elle estime qu'il est « *l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable* »²². Elle définit la notion de procès équitable comme impliquant, en principe, le droit pour les parties à un procès (pénal ou civil²³) de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fut-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter²⁴.

M., Franchimont estime que la notion d'égalité des armes engloberait également cette possibilité de discuter tout élément soumis au juge en vue d'influencer sa décision : « *Ce droit implique en règle la faculté pour les parties au procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision et de la discuter, quand bien même ladite pièce ou observation émanerait d'un magistrat indépendant. La notion d'égalité des armes rejoint ainsi le droit à une procédure contradictoire²⁵ ».*

¹⁹ C.E.D.H., arrêt Platakou c. Grèce du 11 janvier 2001, rendu à l'unanimité, §47 ; C.E.D.H., arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993, §33 ; C.E.D.H., arrêt Buchberger c. Autriche du 20 décembre 2001, rendu à l'unanimité, §50 ; C.E.D.H., arrêt Ernst et autres c. Belgique du 15 juillet 2003, §60 ; C.E.D.H., arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, §53.

²⁰ C.E.D.H., arrêt G.B. c. France du 2 octobre 2001, § 58 ; C.E.D.H., arrêt F.R. c. Suisse du 28 juin 2001, rendu à l'unanimité, § 34.

²¹ C.E.D.H., arrêt Ernst et autres c. Belgique du 15 juillet 2003, §60 ; C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité, §72 ; C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §23 ; C.E.D.H., arrêt Ben Naceur c. France du 03 octobre 2006, §31 ; C.E.D.H., arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, §53 ; C.E.D.H., arrêt Wynen c. Belgique du 05 novembre 2002, §32 ; C.E.D.H., arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993, §33 ; C.E.D.H., arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, §47 ; C.E.D.H., arrêt Foucher c. France du 18 mars 1997, §34 ; C.E.D.H., arrêt Kuopila c. Finlande du 27 avril 2000, §37 ; C.E.D.H., arrêt Huseyn et autres c. Azerbaïdjan du 26 juillet 2011, rendu à l'unanimité, §188 ; C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.11.1.

²² C.E.D.H., arrêt Ernst et autres c. Belgique du 15 juillet 2003, §60 ; C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité, §72 ; C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §23 ; C.E.D.H., arrêt Ben Naceur c. France du 03 octobre 2006, §31 ; C.E.D.H., arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, §53 ; C.E.D.H., arrêt Wynen c. Belgique du 05 novembre 2002, §32 ; C.E.D.H., arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993, §33 ; C.E.D.H., arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, §47 ; C.E.D.H., arrêt Foucher c. France du 18 mars 1997, §34 ; C.E.D.H., arrêt Kuopila c. Finlande du 27 avril 2000, §37.

²³ C.E.D.H., arrêt APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie du 5 octobre 2000, §39.

²⁴ C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité, §74 ; C.E.D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, §33 ; C.E.D.H., arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, §31 ; C.E.D.H., arrêt Van Orshoven du 25 juin 1997, §41 ; C.E.D.H., K.D.B c. Pays-Bas du 27 mars 1998, §44 ; C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §24 ; C.E.D.H., arrêt Mc Micheal c. Royaume-Uni du 24 février 1995, §80 ; C.E.D.H., arrêt Kerojärvi c. Finlande du 19 juillet 1995, §42 ; C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §33 ; C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §29.

²⁵ M., FRANCHIMONT, A., JACOBS, A., MASSET, *op. cit.*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 1268.

Dans la même lignée, il faut noter la différence de formulation entre certains arrêts rédigés tantôt en anglais, tantôt en français.

Lorsque la notion d'égalité des armes est énoncée en langue de Shakespeare, la faculté de prendre connaissance des pièces de nature à influencer l'avis du juge semble faire pleinement partie de la notion d'égalité des armes alors que, dans certains arrêts rédigés en français, la Cour lie cette faculté à la notion de procès équitable²⁶ ou contradictoire²⁷ :

« *The Court recalls further that the principle of equality of arms ... requires that each party should be afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis his or her opponent. **Each party must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party***²⁸ ».

La notion d'égalité des armes présente également une « valeur ajoutée²⁹ » par rapport au principe du contradictoire. En effet, elle implique une comparaison avec la situation de la partie adverse. La Cour estime que si l'adversaire d'une partie, se trouvant dans une situation comparable à cette dernière, bénéficie d'un droit, le principe de l'égalité implique que ce même droit soit offert à celle-ci³⁰, à moins que cela ne la place pas dans une situation de « net désavantage ».

Il s'agit de rechercher une « égalité dans la procédure³¹ » entre le prévenu/l'accusé, le ministère public et la partie civile. Cette notion est « relative³² ». C'est pourquoi, il serait plus logique de parler d' « équilibre³³ » des armes.

²⁶ C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité, §74 : « La notion de **procès équitable** implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fut-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter » ; C.E.D.H., arrêt Ernst et autres c. Belgique du 15 juillet 2003, §60 ; C.E.D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, §33 ; C.E.D.H., arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, §31 ; C.E.D.H., arrêt Van Orshoven du 25 juin 1997, §41 ; C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §24.

²⁷ C.E.D.H., arrêt Oral c. Turquie (n°2) du 25 novembre 2008, §30 ; C.E.D.H., arrêt Ruiz-Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, §63.

²⁸ C.E.D.H., arrêt Buchberger c. Autriche du 20 décembre 2001, rendu à l'unanimité, §50 : « Chaque partie doit avoir la possibilité de prendre connaissance et de commenter les observations déposées ou éléments de preuve présentés par l'autre partie ». Dans le cas d'espèce, le requérant se plaignait que la « Regional Court » se soit basée sur de nouvelles preuves dont l'existence ne lui avait pas été communiquée, le privant ainsi de toute réaction. La Cour conclut à la violation ; La Cour utilise la même formulation dans l'arrêt Beer c. Autriche, rendu à l'unanimité, § 17 (dans le cas d'espèce la requérante prétendait que le défaut de notification de l'appel de la partie adverse l'avait empêchée d'y réagir et avait donc violé son droit à l'égalité des armes, ce qui est confirmé par la Cour).

²⁹ 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 », in *les dossiers du J.T.*, vol. 1, n°57, p. 155, n° 245 ; M., FRANCHIMONT, A., JACOBS, A., MASSET, *op. cit.*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 1268, note 150.

³⁰ C.E.D.H., arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France du 31 mars 1998, §104 - 105 ; C.E.D.H., arrêt Slimane Kaïd c. France du 25 janvier 2000, §23 à 25 ; C.E.D.H., arrêt Fabre c. France du 2 novembre 2004, §32 ; C.E.D.H., arrêt Fontaine et Bertin c. France du 8 juillet 2003 ; C.E.D.H., arrêt Ledru c. France du 6 décembre 2007 ; C.E.D.H., arrêt Leroy c. France du 02 octobre 2008 ; S., VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, in *les dossiers du J.T.*, vol. 1, n°57, p. 155, n° 245 ; M., FRANCHIMONT, A., JACOBS, A., MASSET, *op. cit.*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 1268 ; F., KUTY, « Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2001 », *J.L.M.B.*, 2002, p. 585.

³¹ X., MAGNÉE, « La place du ministère public à l'audience pénale », *J.T.*, 1998, p.177 à 182.

³² *Ibid.*

³³ C.E.D.H., arrêt Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce du 09 décembre 1994, §46 (litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil) ; C.E.D.H., arrêt Huseyn et autres c. Azerbaïdjan du 26 juillet 2011, rendu à l'unanimité, §188 ; C.E.D.H., arrêt Feldbrügge c. Pays-Bas du 29 mai 1986, §44 ; H.-D., BOSLY, « L'égalité des armes dans la phase préparatoire du procès pénal », in *Liber amicorum du Professeur E., KRINGS*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 451 ; M.-A.,

Il y aura violation du principe de l'égalité des armes si le traitement réservé aux parties se trouvant dans une situation comparable constitue une différence de traitement créant un net désavantage pour l'une d'elle :

« La Cour rappelle que, ... compte tenu de l'importance du rapport du conseiller rapporteur, du rôle de l'avocat général et des conséquences de l'issue de la procédure pour les intéressés, le déséquilibre créé, faute d'une communication identique du rapport au conseil du prévenu, ne s'accordait pas avec les exigences du procès équitable³⁴ ».

« Aucun manquement au principe de l'égalité des armes ne se trouve établi, les requérants ne pouvant tirer du droit à l'égalité des armes le droit de se voir communiquer, préalablement à l'audience, des conclusions qui ne l'ont pas été à l'autre partie à l'instance, ni au rapporteur, ni aux juges de la formation de jugement³⁵ ».

BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, La Chartre, 2014, p. 40 ; F., KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 434.

³⁴ C.E.D.H., arrêt Vesque c. France du 07 mars 2006, §32.

³⁵ C.E.D.H., arrêt Wynen c. Belgique du 05 novembre 2002, §38 ; C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité, §73 ; C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §23.

CHAPITRE 2 : La notion d' « adversaire ».

Section 1 : Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Notre Cour constitutionnelle relègue le droit à l'égalité des armes sur le banc de touche faisant de lui un véritable « *leurre*³⁶ ».

En effet, elle précise que « *les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée*³⁷ ».

« *L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*³⁸ ».

« *Il existe, entre le ministère public et l'inculpé, une différence fondamentale qui repose sur un **critère objectif** : le premier accomplit, dans l'intérêt de la société, les missions de service public ... le second défend son intérêt personnel ... Cette différence justifie raisonnablement que, tout au long de l'instruction (jusqu'à la saisine de la chambre du conseil³⁹), le ministère public jouisse de prérogatives dont la constitutionnalité ne peut être appréciée en procédant à une comparaison de sa situation avec celle de l'inculpé*⁴⁰ ».

Le critère de distinction revêt bel et bien un caractère objectif qui, de lui-même, justifie l'application de régimes distincts. De la sorte, elle justifie potentiellement toutes les différences de traitement entre le ministère public et l'inculpé, voir le prévenu, car ils ne sont pas dans des positions comparables. Elle ne s'attarde pas sur la question de savoir si ce critère (intérêt privé/public) est raisonnablement justifié dans le sens où il exclut toutes comparaisons possibles.

Néanmoins, il semblerait que, dès l'instant où la phase d'enquête se termine, ce critère ne suffise plus : elle affirme que lorsqu'un droit est accordé à l'issue de l'instruction, toute différence de traitement doit à nouveau être justifiée sur base d'un critère objectif et raisonnable⁴¹.

³⁶ P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 13.

³⁷ C. Const., 01 décembre 1994, n° 82/1994, B.3 ; C. Const., 02 mars 1995, n° 22/1995, B.3 ; C. Const., 18 mars 1998, n° 29/1998, B.3 ; C. Const., 08 mai 2001, n°58/2001, B.4 ; C. Const., 30 mai 2001, n° 69/2001, B.4 ; C. Const., 09 janvier 2002, n° 005/2002, B.4.

³⁸ C. Const., 01 décembre 1994, n° 82/1994, B.3 ; C. Const., 02 mars 1995, n° 22/1995, B.3 ; C. Const., 18 mars 1998, n° 29/1998, B.3 ; C. Const., 08 mai 2001, n°58/2001, B.4 ; C. Const., 30 mai 2001, n° 69/2001, B.4 ; C. Const., 09 janvier 2002, n° 005/2002, B.4.

³⁹ C. Const., 02 mars 1995, n° 22/1995, B.4 ; C. Const., 18 mars 1998, n° 29/1998, B.4 ; C. Const., 08 mai 2001, n°58/2001, B.5 ; C. Const., 30 mai 2001, n° 69/2001, B.5 ; C. Const., 09 janvier 2002, n° 005/2002, B.5.

⁴⁰ C. Const., 01 décembre 1994, n° 82/1994, B.4 ; C. Const., 14 juillet 1997, n° 49/1997, B.10.

⁴¹ C. Const., 01 décembre 1994, n° 82/1994, B.5 : l'étendue du recours contre la décision de la chambre du conseil ne peut varier selon la personne qui l'exerce uniquement si l'inégalité de traitement est objectivement et raisonnablement justifiée ; C. Const., 02 mars 1995, n° 22/1995, B.6 ; Voir a contrario C. Const., 14 juillet 1997, n° 49/1997, B.10 : il existe une différence objective entre la situation de ministère public et celle de l'inculpé, non seulement durant la phase d'instruction préparatoire, mais durant tout l'action publique.

F., Kuty estime que le critère « des thèses défendues à l'audience » n'est pas suffisamment concluant pour considérer que le ministère public est un adversaire ou non car ce critère donne lieu à des solutions différentes selon le contenu de cette thèse et prend le parti de croire que le critère choisi par notre Cour constitutionnelle est pertinent⁴².

Section 2 : Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il me semble que la Cour européenne adopte une approche différente. Elle considère que le ministère public se trouve dans une situation comparable à celui du suspect/de l'inculpé/du prévenu/de l'accusé car il endosse le rôle d' « adversaire ». À cet égard, la Cour strasbourgeoise accorde une importance aux apparences⁴³.

C'est dans l'arrêt *Borgers c. Belgique* que la Cour prête pour la première fois une importance « *aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice*⁴⁴ » pour aider à conforter ou non l'impartialité et l'indépendance du tribunal.

Elle y aura également égard afin d'établir si, en plus de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal, la procédure respecte les droits de la défense et l'égalité des armes et en donne également l'impression.

Suivant le contenu de son avis, elle considère que le ministère public près de la Cour de cassation peut devenir « *l'allié ou l'adversaire objectif*⁴⁵ » du prévenu/de l'accusé et qu'il est normal que le justiciable ait une impression d'inégalité. Néanmoins, ce sentiment, né d'une apparence, doit être raisonnablement justifié⁴⁶.

Par exemple, elle considère que le sentiment d'inégalité né dans le chef du justiciable qui constate que le ministère public est présent durant le délibéré, est raisonnablement justifié car cette pratique laisse l'impression que celui-ci aura une chance supplémentaire de défendre sa thèse⁴⁷.

Elle n'affirme cependant pas de manière explicite qu'il soit l'adversaire du prévenu/de l'accusé. Toutefois, cela ne lui empêche pas de tenir un discours pour le moins ambigu dans d'autres arrêts :

« ... S'il est vrai que la partie civile et le ministère public ne sont pas des « adversaires », il n'en va pas de même pour le prévenu condamné en première instance et le ministère public, qui ont des intérêts à la fois distincts et opposés⁴⁸ ».

⁴² F., KUTY, « Le devoir de ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de honneur et l'assise de sa légitimité », obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1460.

⁴³ C.E.D.H., arrêt *APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie* du 5 octobre 2000, §39 ; C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §24.

⁴⁴ C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §24 ; C.E.D.H., arrêt *Sahiner c. Turquie* du 25 septembre 2001, §44.

⁴⁵ C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §26.

⁴⁶ C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §26.

⁴⁷ C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §28 et 29.

Il est intéressant de constater que c'est le critère de l'intérêt qui, du point de vue de la Cour constitutionnelle, offre un privilège au parquet et du point de vue de la Cour européenne, justifierait qu'il soit remis en question.

Une chose est sûre, la « théorie de l'apparence » est complexe et ne fait pas l'unanimité. La Cour ne semble même pas s'y retrouver elle-même. Ainsi, en ce qui concerne la participation du ministère public au délibéré et la non-communication préalable de ses conclusions, elle a « *soit, examiner les deux griefs sur le seul fondement du principe de l'égalité des armes et en se référant aux apparences (Borgers) ; soit ... elle examine de manière distincte chacun des deux griefs au regard du seul principe du contradictoire et sans mentionner les apparences (Vermeulen, Lobo Machado) ; soit, ... elle confronte le premier grief ... au principe du contradictoire (sans viser les apparences) et le second au principe de l'égalité des armes (en visant les apparences) (Kress, ADBP, Immeubles Groupe Kossier)*⁴⁹ ». Certains estiment que cette théorie n'a pas lieu d'être car la Cour ne démontre pas en quoi le public prêterait une importance à la bonne administration de la justice⁵⁰.

Une partie de la doctrine considère que la mission du parquet consiste à proposer une « *solution de justice*⁵¹ » et qu'il ne peut par conséquent être considéré comme un adversaire. L'objectivité dont il doit faire preuve lui commandant de requérir un acquittement si nécessaire⁵².

Est-ce absurde de constater que le citoyen, en apparence, puisse percevoir le ministère public comme un adversaire lorsqu'il fait face à une prolifération des règles législatives et à leur complexification ? La Cour européenne souligne également cette tendance du droit « *à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves*⁵³ ». Sans compter que la loi pénale est omniprésente du fait de la « *multiplication des infractions, création de nouvelles procédures, modification des règles de prescription, ..., autant de facteurs qui étendent le contrôle social et le champ de la répression en sorte qu'aujourd'hui, ni personne, ni aucune activité ne peut prétendre être à l'abri de la loi répressive*⁵⁴ ». Ce qui fait que le justiciable est dépassé. Cette question touche ainsi le cœur même du droit constitutionnel : « *prendre en compte cette fragilité du justiciable, afin de rétablir un équilibre plus adapté à une société qui se veut démocratique et humaniste*⁵⁵ ».

F., Kuty précise que, pour le ministère public, « *requérir une condamnation non fondée risque d'emporter, sur le plan individuel, une erreur judiciaire et, sur le plan collectif, une perte de confiance*

⁴⁸ C.E.D.H., arrêt Ben Naceur c. France du 03 octobre 2006, §34 ; C.E.D.H., arrêt Berger c. France du 03 décembre 2002, § 38 ; C.E.D.H., arrêt Farhi c. France du 16 janvier 2007, rendu à l'unanimité, §26 ; C.E.D.H., arrêt Gaçon c. France du 22 mai 2008, rendu à l'unanimité, §33.

⁴⁹ F., SUDRE, I., PINGEL, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 42.

⁵⁰ S., MARCUS-HELMONS, « Quelques aspects de la notion d'égalité des armes – un aperçu de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridique du citoyen, colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme à Bordeaux le 29-30 septembre*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 74.

⁵¹ F., KUTY, *op. cit.*, obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1458.

⁵² F., KUTY, *op. cit.*, obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1458 ; P., DE LE COURT, P., DHAeyer, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 531-532.

⁵³ C.E.D.H., arrêt Adamkiewicz c. Pologne du 02 mars 2010, §83 ; C.E.D.H., arrêt Jalloh c. Allemagne du 11 juillet 2006, §100 ; C.E.D.H., arrêt Kolu c. Turquie du 02 août 2005, §51.

⁵⁴ O., KLEES, « Plus de sobriété pour plus de crédit », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 9.

⁵⁵ M., VERDUSSEN, « Le statut constitutionnel du ministère public », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 10.

de la société dans l'institution judiciaire ... [il] peut contribuer ... à l'affaiblissement de la légitimité du pouvoir judiciaire ... [il] se singularise des autres parties ... par la nature même de sa mission de service public et les devoirs qu'elle implique. Cette mission consiste dans la préservation de l'État de droit et la promotion, par le biais de ses réquisitions et conclusions à l'audience, de la confiance de la société dans le système judiciaire, laquelle ... constitue l'une des composantes fondamentales de l'État de droit⁵⁶ ». La Cour européenne le rejoint sur ce point⁵⁷.

Toutefois, admettre que le ministère public qui requiert un acquittement⁵⁸ dans un dossier se voit privé, dans tous les cas, de la qualité d'adversaire, il y a là une limite que la Cour européenne ne franchit pas.

Cela reviendrait à priver le prévenu du droit à l'égalité des armes et dès lors, priver de toute effectivité les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁹ puisqu'il suffirait au ministère public de requérir un acquittement pour considérer que le prévenu/l'accusé n'a pas d'intérêt à être présent⁶⁰, à disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense, ni même de répondre au réquisitoire du ministère public.

De plus, dans certains arrêts, les juges strasbourgeois n'évoquent absolument pas la qualité d'adversaire : « *tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable*⁶¹ ». La qualité d'adversaire au sens strict a peu d'importance lorsqu'il s'agit d'assurer le respect des garanties de l'article 6.

À cela il faut ajouter que dans l'arrêt *Fodale c. Italie*, elle estime que l'égalité des armes doit exister « *entre les parties, à savoir le procureur et le détenu*⁶² » et que dans l'arrêt *Delcourt c. Belgique* elle déclare : « *même en l'absence de partie poursuivante, ..., un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse*⁶³ ». Autrement dit, même en l'absence du ministère public, il y a lieu de tenir compte des garanties du procès équitable, garanties applicables à la phase préliminaire du procès.

Dès lors, je suis convaincue que le mot « adversaire » ne doit pas faire l'objet d'une définition stricte. Un débat doctrinal sur sa signification n'a pas d'intérêt puisque la Cour tend à lui donner plusieurs sens et une définition large. Il n'en reste pas moins qu'elle aurait été certainement plus

⁵⁶ F., KUTY, *op. cit.*, obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1458.

⁵⁷ C.E.D.H., arrêt *Nejdet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie* du 20 octobre 2011, rendu à l'unanimité, §57.

⁵⁸ D'autant plus que le nombre d'acquittements est bel et bien inférieur au nombre de condamnations : Statistiques du SPF justice pour l'année 2013, http://justice.belgium.be/fr/information/statistiques/cours_et_tribunaux/, pp. 19 à 25.

⁵⁹ C.E.D.H., arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, §33 ; C.E.D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, §51 ; C.E.D.H., arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 23 novembre 1993, §38 ; C.E.D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, §24 ; C.E.D.H., arrêt *Chambaz c. Suisse* du 05 avril 2012, §41.

⁶⁰ C.E.D.H., arrêt *Abdulgadirov c. Azerbaïdjan* du 20 septembre 2013, §44 ; C.E.D.H., arrêt *Belziuk c. Pologne* du 25 mars 1998, §39.

⁶¹ C.E.D.H., arrêt *Koval c. Ukraine* du 19 octobre 2006, rendu à l'unanimité, §113 ; C.E.D.H., arrêt *Rowe and Davis* du 16 février 2000, §60 ; C.E.D.H., arrêt *Fitt c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §44.

⁶² C.E.D.H., arrêt *Fodale c. Italie* du 1^{er} juin 2006, §41.

⁶³ C.E.D.H., arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970, §34 ; C.E.D.H., arrêt *Monnell et Morris c. Royaume-Uni* du 2 mars 1987, §62.

avisée d'emprunter un autre qualificatif qui permettent d'inférer, à lui seul, cette largesse d'esprit (intervenants ?).

Section 3 : Une définition large de l'adversité ?

En outre, considérer que le ministère public n'est pas un adversaire c'est sans doute oublier que son réquisitoire ne lie pas le juge face auquel le prévenu/l'accusé devra s'expliquer, ni même l'importance de la partie civile et également la liberté des moyens de preuve⁶⁴ qui prévaut en matière pénale. De plus, « *le juge du fond n'est pas ... cantonné dans un rôle passif. Il a, au contraire, le devoir de rechercher la vérité et de suppléer, si besoin en est, aussi bien à l'insuffisance de preuves de l'accusation⁶⁵ que des moyens de défense de l'inculpé⁶⁵* ».

Partant, le prévenu/l'accusé ne sait pas d'avance comment le juge réagira aux éléments de preuve fournis par l'accusation⁶⁶ et « *il peut donc être de son intérêt de fournir dès que possible les éléments favorables à sa défense⁶⁷* » et, à cette fin, disposer (ou avoir disposé pendant l'enquête, car la preuve se détériore avec le temps) des mêmes prérogatives que le ministère public.

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle définit la notion de procès équitable précise « *qu'elle implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter⁶⁸* ».

Dans l'arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, la Cour précise que l'absence de communication des conclusions du Tribunal cantonal ne viole pas l'égalité des armes dès lors qu'aucune des parties ne les avait reçues préalablement. Toutefois, elle précise « *les observations en cause ... contenaient ... un avis motivé sur le bien-fondé du recours ... elles visaient donc manifestement à influencer la décision du Tribunal fédéral⁶⁹* ».

Ainsi, elle conclut à la violation du droit à un procès contradictoire car toutes les parties n'ont pas eu la possibilité de prendre connaissance « *de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter⁷⁰* ».

Dans l'arrêt *Apeh Uldozotteinek Szovetsege et autres c. Hongrie*, la Cour a estimé que l'intervention du parquet avait eu une influence sur la décision du juge⁷¹. Cette intervention prenait cours dans le cadre d'une procédure civile et lui permettait d'intervenir pour assurer le respect de la

⁶⁴ C.I.C., art. 154 et sv., 189 et sv, 342 et sv ; Cass., 17 octobre 2001, R.G. n° P.01.1056.F ; M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 1122 ; CH., DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 4^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2011, p. 63.

⁶⁵ Cass., 16 octobre 1985, Pas., 1986, I, p. 175 ; CH., DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 4^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2011, p. 82.

⁶⁶ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 1122 qui cite M., FRANCHIMONT.

⁶⁷ M., FRANCHIMONT, A., JACOBS, A., MASSET, *op. cit.*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 1140.

⁶⁸ C.E.D.H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §24.

⁶⁹ C.E.D.H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §26.

⁷⁰ C.E.D.H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §24.

⁷¹ C.E.D.H., arrêt *APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie* du 5 octobre 2000, §41.

loi⁷². Il s'agissait d'une procédure d'enregistrement d'une association dont l'acronyme reprenait en partie, l'acronyme de l'administration fiscale hongroise et le ministère public avait adressé des observations au Tribunal qui ne furent pas communiquées aux parties⁷³.

Dans l'arrêt Bonisch c. Autriche, l'expert qui avait rédigé les rapports sur la base desquels les poursuites pénales contre M., Bonisch furent déclenchées, a été nommé comme « expert du tribunal » et il avait « *formellement une fonction d'assistant neutre et impartial du juge*⁷⁴ ».

Toutefois celui-ci fut traité de manière beaucoup plus avantageuse que l'expert-témoin. L'« expert du tribunal » a assisté à toutes les audiences alors que l'expert-témoin n'a assisté qu'à l'audience où il a fait sa déposition. De plus, l'« expert du tribunal » a interrogé l'expert-témoin et enfin, celui-ci avait une place prépondérante à l'audience car l'expert-témoin a été relégué sur les bancs du public. La Cour a ainsi conclu à la violation de l'article 6 estimant que le requérant avait été victime d'un réel déséquilibre car l'expert du tribunal avait disposé d'une série d'avantage qu'il n'avait pas pu être en mesure de combattre.

À cet égard, il n'y a pas lieu de prendre en compte le contenu réel des observations⁷⁵ car ce sont les parties au litige qui jugent « *si un document appelle des commentaires. Il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice: elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier*⁷⁶ ». Ainsi, il y a violation du principe contradictoire dès l'instant où « *l'intervention dans la procédure n'est pas neutre mais vise à influencer la décision du juge*⁷⁷ ».

C'est pourquoi, F., Sudre estime que la Cour adopte une conception de partie « *sensu lato*⁷⁸ ».

En outre, elle semble définir une partie comme un acteur d'influence. Elle a tendance à considérer l'adversité non pas comme une opposition entre des thèses contraires mais comme la tentative de « **dé-neutraliser** » le point de vue du juge, sur une question de fait, afin qu'il se rallie à l'information qui lui a été présentée, peu importe que l'élément soit en faveur ou non du prévenu/de l'accusé. Ainsi, elle fait le choix de « l'influence » comme critère pour établir que le magistrat et le prévenu/l'accusé sont dans une situation comparable qui implique que toute différence de traitement doit être fondée sur un critère objectif, avoir un but légitime, être raisonnablement justifiée et proportionnelle au but poursuivi.

La Cour européenne des droits de l'homme estime également que « *le ministère public près la Cour de cassation n'est point partie à l'instance devant elle ... de sorte qu'on ne saurait le considérer comme un adversaire; son rôle se limiterait à donner à la Cour un avis impartial et indépendant sur les*

⁷² C.E.D.H., arrêt APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie du 5 octobre 2000, §27.

⁷³ C.E.D.H., arrêt APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie du 5 octobre 2000, §8.

⁷⁴ C.E.D.H., arrêt Bonisch c. Autriche du 06 mai 1985, §33.

⁷⁵ C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §27.

⁷⁶ C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §30.

⁷⁷ F., SUDRE, I., PINGEL, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 49.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 49.

*questions juridiques soulevées et, en matière répressive, à lui signaler, même d'office, tout point de droit sur lequel la décision attaquée devrait se voir censurée*⁷⁹ ».

« ... Néanmoins, son opinion ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation ...⁸⁰ ». C'est affirmation n'est-elle pas la preuve qu'elle ne s'inquiète pas du contenu de l'avis mais de savoir s'il est là pour influencer le juge ou non ?

Par conséquent, elle fait une lecture plus large de la qualité d'adversaire que la Cour constitutionnelle ou la doctrine belge.

Je crois raisonnable de penser l'égalité des armes comme une notion globale, qui ne trouve pas sa raison d'être dans une opposition entre des thèses mais bien dans l'existence même de thèses différentes. La Cour européenne voit l'enquête et le procès comme un seul ensemble dans lequel une discussion doit avoir lieu. Celle-ci n'a de sens que si plusieurs points de vue existent et si ceux-ci peuvent se confronter dans des conditions qui ne placent pas leur représentant en situation de net désavantage.

C'est pourquoi la qualité d'adversaire peut s'appliquer au ministère public puisque, peu importe, le sens dans lequel il requiert, il tente dans tous les cas d'influencer le juge.

Enfin, je suis d'avis que le refus de la doctrine d'accorder du crédit aux apparences est le fruit d'une réelle hypocrisie : prendre égard aux apparences, c'est justement quitter le juridique et cela n'a rien de stupide. Selon moi, elles peuvent parfaitement constituer le fondement d'une inégalité pour autant qu'elles soient objectivées.

Il n'est pas choquant d'affirmer cela puisque le principe d'impartialité et d'indépendance et les causes de récusation qui en découlent, ont vu le jour grâce (à cause) des apparences.

Néanmoins, de la même manière que pour les apparences, il n'a jamais été question de faire de la nescience du citoyen, une maîtresse absolue de la justice et de ses usages puisque la Cour réclame toujours un brin d'objectivité. Il ne s'agit pas de permettre aux avocats de faire flèche de tout bois lorsque leurs clients ont le moindre petit sentiment d'inégalité. Cette apparence d'inégalité doit être « raisonnablement justifiée⁸¹ » et en cas de doute, le pouvoir judiciaire reste maître de la décision⁸².

La justice n'est pas faite que de juridique, elle est faite d'humains également. S'il est possible de se disputer le rôle ou les intérêts de chacun, il n'est pas contestable que tous les éléments en présence sont des humains, qu'ils aient ou non une robe, peu importe l'endroit où ils prennent place dans le prétoire.

⁷⁹ C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §25.

⁸⁰ C.E.D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, §26.

⁸¹ C.E.D.H., arrêt *Incal c. Turquie* du 09 juin 1998, §71 ; C.E.D.H., arrêt *Sahiner c. Turquie* du 25 septembre 2001, §44 ; C.E.D.H., arrêt *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 07 août 1996, §58 ; C.E.D.H., arrêt *Padovani c. Italie* du 26 février 1993, §27.

⁸² C.J., art. 838.

R., Charles, F., Dumon, E., Krings, pointent les lacunes de ceux qui ne « *disposent pas d'une information et d'une formation*⁸³ » adéquate lorsqu'il s'agit d'interpréter un jugement. En réalité, est-ce le magistrat qui doit comprendre la décision ou le principal concerné ? Le magistrat peut-il, avec suffisamment d'objectivité, se mettre à la place du citoyen qui un jour fait face à la justice ? Citoyen qu'il, de surcroît, ne côtoie qu'à l'audience⁸⁴ ? Citoyen qui, sans aucune notion de droit, n'a que ses yeux pour observer ?

L'apparence, présentée plus haut comme une théorie fourre-tout illusionniste et vide de sens, n'est-elle finalement pas une réalité ancrée intensément dans le quotidien de la justice au point qu'elle ne quitte jamais vraiment le prétoire, si bien que certains rejettent cette théorie en expliquant que la perception biaisée qu'a le citoyen de la justice est due ... aux feuilletons télévisés incorrectement scénarisés⁸⁵ ?

Il me semble inconcevable de ne prêter aucune attention à la perception du justiciable : P., Martens précise à cet égard que la matière pénale n'est pas une application pure et simple du droit puisqu'il s'agit d'« *une matière où les aspects psychologiques, personnels, affectifs infectent plus qu'en tout autre domaine l'entendement juridique*⁸⁶ ». Ch., Matray estime qu'« *il peut y avoir un gouffre entre les bonnes intentions d'un magistrat et leur perception par les justiciables en état de vulnérabilité dans des procédures dont ils comprennent mal les rouages*⁸⁷ ».

Après tout, le principal artisan de leur passage en justice est assis juste à côté du juge qui se prononcera sur leur cas. Certes, la Cour européenne⁸⁸ a considéré que cette place ne leur permettait pas de se plaindre objectivement d'être placé dans une position d'inégalité des armes par rapport au ministère public. Néanmoins, les attitudes qui découlent de cette position peuvent vraisemblablement heurter le justiciable qui comparait. À leur sujet, P., Polet écrivait « *certain accusateurs ... entretiennent au cours des débats des conversations particulières avec les juges ... se penchent pour susurrer des remarques que la défense ne peut saisir ... ils indiquent au président des pièces ... et les lui commentent dans l'oreille*⁸⁹ ».

⁸³ DUMON, F., CHARLES, R., KRINGS, E., « Le procureur général et les avocats généraux, arrêt du 20 février 1996, en cause Vermeulen contre la Belgique, de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.I.D.C.*, 1996, p. 241.

⁸⁴ Le Ministère public à sa place : réaction de l'OB.F.G, *J.T.*, 2005, p. 313.

⁸⁵ P., DE LE COURT, P., DHAEYER, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 531, note 19.

⁸⁶ P., MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », obs. ss. C.E.D.H. arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, *R.T.D.H.*, 1996, p. 640 et sv.

⁸⁷ CH., MATRAY, « Ministère public : ambiguïtés statutaires, erreurs de menuiserie, promiscuités politiques », obs. ss. C.E.D.H., Dirioz, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1327.

⁸⁸ Parmi d'autres : C.E.D.H., arrêt Dirioz c. Turquie du 31 mai 2012, §§ 28 à 38.

⁸⁹ P., POLLET, « Les messes basses à l'audience », *J.T.*, 1950, p. 214.

CHAPITRE 3 : Les conditions de nature à placer une partie dans une position de net désavantage qui porte atteinte aux garanties de l'article 6.

Section 1 : Le statut du ministère public.

1. État des lieux.

Le statut du ministère public est lui plutôt sibyllin et controversé. « *Tantôt un membre du pouvoir exécutif, tantôt un membre du pouvoir judiciaire* »⁹⁰, il représente l'intérêt de la société⁹¹.

Au début de notre Belgique, son statut était pourtant clair : « *il existe des magistrats qui sont à la fois les agents de la société et ceux du gouvernement. Ce sont les officiers du ministère public (...). Ces officiers sont des agents du pouvoir exécutif*⁹² ».

Ensuite, son indépendance fonctionnelle a été consacrée dans la Constitution⁹³. Toutefois cette indépendance, bien que cela semble curieux, doit être tempérée pour trois raisons :

Premièrement, c'est le Roi, chef du pouvoir exécutif, qui nomme et révoque les officiers du ministère public⁹⁴ alors que « *le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait ... souffrir qu'un membre du pouvoir judiciaire soit démis de ses fonctions par le chef de l'exécutif* »⁹⁵. Ce régime le place donc sous la coupe du pouvoir exécutif.

Deuxièmement, le ministre de la justice dispose du droit d'édicter des directives de politiques criminelles qui sont contraignantes⁹⁶.

Troisièmement, le ministre de la justice et les gouvernements de communauté et de région, chacun en ce qui le concerne, peuvent ordonner des poursuites dans les matières qui relèvent de leurs compétences⁹⁷.

Dès lors, le ministère public est placé dans une ubiquité d'appartenance qui dépareille dans notre paysage constitutionnelle caractérisé par l'indépendance des trois pouvoirs. Il est plus juste d'estimer que « *bien que rattachés organiquement au pouvoir exécutif, [les magistrats du parquet] participent fonctionnellement à l'œuvre de justice. Ils collaborent à l'exercice de la fonction de juger*⁹⁸ »

⁹⁰ CH., MATRAY, « Ministère public : ambiguïtés statutaires, erreurs de menuiserie, promiscuités politiques », obs. ss. C.E.D.H. Dirioz c. Turquie, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1321.

⁹¹ C.J, art. 138 ; M., VERDUSSEN, [E. A.], *Constitution lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, développements relatifs à l'art. 153.

⁹² CH., MATRAY, *op. cit.*, obs. ss. C.E.D.H. Dirioz c. Turquie, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1319, citant J., RAIKEM.

⁹³ Const., art. 151, al.1.

⁹⁴ Const., art. 37 ; M., VERDUSSEN, [E. A.], *Constitution lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, développements relatifs à l'art. 153.

⁹⁵ M., VERDUSSEN, « Le statut constitutionnel du ministère public », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 11.

⁹⁶ Const., art. 151, al.1.

⁹⁷ Const., art. 151, al. 1 et 2 ; C.I.C., art. 274.

⁹⁸ M., VERDUSSEN, [E. A.], *Constitution lignes et entrelignes*, *op. cit.*

et que, même dans son rapport avec le pouvoir exécutif, le parquet n'est pas traité comme une administration:

- Le parquet n'est pas soumis à une situation d'obéissance quotidienne⁹⁹
- La poursuite des infractions doit répondre aux préoccupations de la société et il est donc logique que le ministre puisse arrêter des directives de politiques criminelles contraignantes¹⁰⁰.
- Attendu que le ministre de la justice pourrait avoir à s'expliquer des agissements de certains magistrats du parquet devant la chambre des représentants, il va de soi qu'il puisse bénéficier d'outils lui permettant d'orienter l'action du parquet¹⁰¹.

Je pense que les défenseurs coriaces de la thèse de l'appartenance du ministère public au pouvoir judiciaire et de son indépendance totale par rapport au pouvoir exécutif¹⁰² se trompent. À tout le moins, la lecture des travaux du Conseil supérieur de la Justice¹⁰³ ne permet pas d'adopter un point de vue aussi tranché.

Ces travaux portaient sur la déontologie des magistrats. Une note leur fut communiquée afin qu'ils donnent leur avis sur certains points, entre autres, l'indépendance des magistrats par rapport au pouvoir politique. La majorité des magistrats interrogés conclut que « *dans l'ensemble, le pouvoir politique est respectueux de cette indépendance ... Il est toutefois regrettable qu'un mandataire politique puisse entretenir dans le public l'idée qu'une intervention de sa part soit de nature à déterminer le juge dans sa décision*¹⁰⁴ ». À propos de l'indépendance vis-à-vis de leur hiérarchie et du parquet, certains rapportent « *des tentatives d'influence*¹⁰⁵ ».

Dès lors, s'il faut louer la correction de nos magistrats, l'autorégulation ne me semble pas suffisante. À tout le moins, le doute est permis.

À cela s'ajoutent d'autres critiques : l'indépendance du parquet peut aussi être mise à mal par le citoyen et les médias qui « *à l'occasion d'un événement grave ... [demandent] une répression sévère et immédiate*¹⁰⁶ ».

⁹⁹ M., VERDUSSEN, [E. A.], Constitution lignes et entrelignes, *op. cit.*

¹⁰⁰ C.J., art. 143^{quater}; B., DEJEMEPPE, « Le ministère public aujourd'hui ou la tentation de la météorologie », *Act. Dr.*, 1993, p. 542-555.

¹⁰¹ M., VERDUSSEN, [E. A.], Constitution lignes et entrelignes, *op. cit.*; B., DEJEMEPPE, *op. cit.*, *Act. Dr.*, 1993, p. 542-555.

¹⁰² R., CHARLES, « Du ministère public », *Mercuriale* prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 1982, *J.T.*, 1982, p. 553; R., HAYOIT DE TERMICOURT, discours prononcé à l'audience de rentrée de la cour d'appel de Bruxelles le 15 septembre 1935, " *Propos sur le ministère public* ", *R.D.P.C.*, 1936, p. 971 et 972; W.-J., GANSHOF VAN DER MEERSCH, R., DELANGE, F., DUMON, R., CHARLES, « A propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1990, p. 424; F., KUTY, « Le devoir du ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de son honneur et l'assise de sa légitimité », *obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012*, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1462; DUMON, F., CHARLES, R., KRINGS, E., « Le procureur général et les avocats généraux, arrêt du 20 février 1996, en cause Vermeulen contre la Belgique, de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.I.D.C.*, 1996, p.237, n°7.

¹⁰³ CH., MATRAY, « Les travaux du Conseil supérieur de la Justice », in *Vers une nouvelle déontologie : colloque du 30 mai 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 31 à 57 en particulier 44 et 45.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁶ B., DEJEMEPPE, *op. cit.*, *Act. Dr.*, 1993, pp. 542-555.

Certains osent également parler d'une dépendance économique : « *qu'est-ce que l'indépendance s'il y manque les moyens? Ici, je risquerai une hypothèse peut-être audacieuse: le service de la justice est sans doute moins un problème de capital humain que de capital ..., comme il se pose pour toute activité économique. De ce point de vue, la question est de savoir quel est le budget que la société est disposée à mettre au service de cette institution. Étant limité, ce budget induit une qualité à la mesure des ressources fournies* »¹⁰⁷. Sur le même point, Christine Matray souligne : « *certains magistrats ont tenu à déplorer au cours des débats d'être à ce point dépendants des moyens et des possibilités que leur accordent les pouvoirs législatif et exécutif qu'ils pourraient, en conséquence, perdre une partie de leur indépendance « fonctionnelle »* »¹⁰⁸.

Enfin, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n°76 du 18 novembre 1992, a elle-même reconnu que « *la Constitution a ... établi le fondement d'un statut et d'une organisation du ministère public distincts de ceux de la magistrature assise* »¹⁰⁹ sans pour autant trancher la question de l'appartenance.

2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'arrêt Campbell et Fell c. Royaume-Uni, la Cour déclare que « *les membres de ceux-ci sont nommés par le ministre de l'Intérieur, responsable en personne de l'administration des prisons d'Angleterre et du pays de Galles. Aux yeux de la Cour, il n'en résulte pas qu'ils dépendent de l'exécutif: à ce compte, il faudrait en dire autant des juges désignés par décision ou sur l'avis d'un ministre doté de compétence en matière d'administration des juridictions. En outre, quoique le ministre de l'Intérieur puisse donner aux comités des directives concernant l'exercice de leurs fonctions, il n'a pas à leur adresser d'instructions dans le domaine de leurs attributions contentieuses* »¹¹⁰.

Elle a souligné, sur pied de l'article 5, §3 de la Convention de sauvegarde, que le ministère public n'était pas « *juge ou (...) magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »¹¹¹ du fait que ses membres « *ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3* »¹¹². Néanmoins, n'étant pas doté d'un pouvoir juridictionnel, les garanties d'impartialité et d'indépendance de l'article 6 ne sont pas applicables au ministère public¹¹³.

¹⁰⁷ B., DEJEMEPPE, *op. cit.*, *Act. Dr.*, 1993, pp. 542-555.

¹⁰⁸ CH., MATRAY, « Les travaux du Conseil supérieur de la Justice », in *Vers une nouvelle déontologie : colloque du 30 mai 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 31 à 57 en particulier, p. 45.

¹⁰⁹ C. Const., 18 novembre 1992, n° 076/1992, B.3.

¹¹⁰ C.E.D.H., arrêt Campbell et Fell c. Royaume-Uni du 28 juin 1984, §79.

¹¹¹ C.E.D.H., arrêt Moulin c. France du 23 novembre 2010, §52.

¹¹² C.E.D.H., arrêt Moulin c. France du 23 novembre 2010, §57.

¹¹³ F., KUTY, « Le devoir de ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de honneur et l'assise de sa légitimité », obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1459 ; C.E.D.H, arrêt Priebke c. Italie du 5 avril 2001, déc. sur la recevabilité, §1.

Dès lors, en l'absence de pouvoir juridictionnel, il semble que la dépendance du parquet à l'égard du pouvoir exécutif ne soit pas de nature à placer la partie adverse dans une situation de net désavantage de nature à porter atteinte au procès équitable.

Toutefois, au regard de ce qui a été dit précédemment sur la notion d'égalité des armes, il est clair que la Cour européenne n'a pas perdu de vue l'importance que revêt désormais la phase d'enquête et son influence décisive sur le reste de la procédure.

Le ministère public y prend des décisions réellement importantes, certains l'investissent d'ailleurs d'un pouvoir quasi-juridictionnel¹¹⁴. Il décide de la privation de liberté, il peut prendre des décisions qui éteignent l'action publique¹¹⁵, il décide des actes d'information à accomplir, les récentes réformes ont étendu de manière importante ses pouvoirs en matière d'actes contraignants¹¹⁶, sans compter la possibilité de recourir à la mini-instruction¹¹⁷. Désormais, certains actes contraignants, nécessitant par définition l'intervention d'un juge d'instruction¹¹⁸, pourraient très bien être effectués en se passant de celle-ci sans être *de facto* considérés comme illégaux¹¹⁹. De surcroît, la législation sur les méthodes particulières de recherche lui confie des pouvoirs substantiels¹²⁰. Enfin, il monte un dossier dans le délai qu'il souhaite et enquête de façon illimitée dans le temps.

La justice est aussi « *une chaîne de dépendance presque naturelle* »¹²¹. Dépendance intrinsèque à son organisation : le travail du ministère public dépendra de celui des policiers¹²² et le travail du juge dépendra du dossier monté pendant la phase préliminaire.

Dès lors, les éléments recueillis pendant la phase préliminaire sont les principaux vecteurs d'influence. De la sorte, si l'on se replonge dans la jurisprudence strasbourgeoise, il n'y a pendant ce moment précieux aucune confrontation des points de vue. Ainsi, lorsque la Cour européenne estime que l'égalité des armes s'applique dès l'instant où un acteur quelconque tente d'influencer le point de vue du juge, elle **désacralise** complètement la position du ministère public et le relègue au même rang que la partie civile, les experts, le prévenu/l'accusé, les témoins et tout autre intervenant.

3. Un pouvoir sans nom¹²³ ?

Le parquet a un « *rôle à part* »¹²⁴, serait-il considéré comme « *un pouvoir souverain qui n'est responsable devant personne* »¹²⁵ ? Rien n'est moins certain.

¹¹⁴ P., DE LE COURT, P., DHAeyer, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 532.

¹¹⁵ P., DE LE COURT, P., DHAeyer, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 532 : la médiation, la transaction.

¹¹⁶ P., DE LE COURT, P., DHAeyer, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 533 ; CH., GUILLAIN, D., VANDERMEERSCH, « les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in *les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 387.

¹¹⁷ C.I.C., art. 28septies ; M.-A., BEERNAERT, « La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée : un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006, p.194.

¹¹⁸ C.I.C., art. 55.

¹¹⁹ T.P.C.P.P., art. 32.

¹²⁰ M., DE RUE, CH., VALKENEER, « les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : analyse des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et de leurs arrêtés d'application », in *les dossiers du J.T.*, n°44, Larcier, 2004, p. 163.

¹²¹ F., TULKENS, « Le ministère public : des questions névralgiques », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 76 citant H. JUNG.

¹²² B., DEJEMEPPE, *op. cit.*, *Act. Dr.*, 1993, pp. 542-555.

¹²³ F., PERRIN, « Du ministère public », in *Les pouvoirs du judiciaire*, Bruxelles, éd. Labor, 1988, p. 94.

Il bénéficie d'une indépendance complète vis-à-vis du juge qui ne peut pas lui adresser d'injonctions¹²⁶. Ainsi, si la Cour de cassation affirme que « *tous les éléments recueillis par le parquet [sont] versés au dossier répressif et, plus particulièrement, les éléments à décharge*¹²⁷ », il n'en reste pas moins que « *les juridictions répressives n'ont aucun pouvoir d'adresser des injonctions au ministère public*¹²⁸ ». Il n'est pas exclu cependant, pour l'avocat, de demander au juge de tirer « *les conséquences dans son jugement sur l'action publique*¹²⁹ » lorsqu'un doute existe vis-à-vis du parquet.

Celui-ci bénéficie d'une indépendance plus ou moins contestée à l'égard du pouvoir exécutif, toutefois, dans les faits, son indépendance fonctionnelle est très grande.

En outre, le parquet ne devrait-il pas se préoccuper de sa légitimité aux yeux de la nation ? « *À quoi bon revendiquer son indépendance si c'est pour se replier sur une légitimité exclusivement juridique, vide de contenu si elle ne repose pas sur la reconnaissance des partenaires, des usagers, de la population tout entière ?*¹³⁰ ».

Toutefois, l'indépendance, si elle est nécessaire, pose néanmoins problème du point de vue du contrôle du contenu des décisions¹³¹. Bien souvent, lorsque l'état fait face à un pouvoir exorbitant, il est de suite palier par un contre-pouvoir : « *il est inconcevable, en démocratie, qu'une institution jouisse de pouvoirs sans, en contrepartie, être sujette à contrôle. Des moyens spécifiques ont été mis sur pied afin de contrebalancer le « privilège » de l'indépendance du pouvoir judiciaire. À l'inverse, l'administration, mieux contrôlée, peut, par une série de garanties, compenser les risques liés à sa subordination. L'indépendance ne peut donc tenir lieu, à elle seule, de légitimation démocratique. De ce fait il importe de l'intégrer à un système dont la fonction sera – entre autres – d'en contenir les possibles excès*¹³² ».

Il existe déjà une série de contre-pouvoir en Belgique : le pouvoir exécutif est responsable devant la chambre des représentants¹³³, les différents membres des gouvernements et des parlements fédéral, communautaires et régionaux doivent répondre de leurs actes répréhensibles de la même manière que, à quelques variantes près, le justiciable lambda¹³⁴, la Cour constitutionnelle¹³⁵

¹²⁴ P., DE LE COURT, P., DHAeyer, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 532.

¹²⁵ M., VERDUSSEN, « Le statut constitutionnel du ministère public », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 13, citant F., PERRIN.

¹²⁶ B., DEJEMEPPE, « Le ministère public aujourd'hui ou la tentation de la météorologie », *Act. Dr.*, 1993, 542-555 ; X., MAGNÉE, « La place du ministère public à l'audience pénale », *J.T.*, 1998, p.177.

¹²⁷ F., KUTY, « Le devoir du ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de son honneur et l'assise de sa légitimité », obs. ss. Cass. du 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1465.

¹²⁸ F., KONING, Obs. ss. Cass., 19 décembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 703 citant : Cass., 24 janvier 2011, *R.D.P.C.*, 2001, p. 726 ; Cass., 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340.

¹²⁹ F., KONING, obs. ss. Cass., 19 décembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 704.

¹³⁰ P., MARTENS, « Qu'attend la démocratie d'un ministère public ? », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 32 citant A., GARAPON.

¹³¹ CH., MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public : quand l'arbre cache la forêt*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2002, p. 100.

¹³² CH., MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public : quand l'arbre cache la forêt*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2002, p. 100.

¹³³ Const., art. 101, §1.

¹³⁴ Const., art. 58, 59, 103, 120, 121, 125 ; Lois du 25 juin 1992 réglant la responsabilité pénale des ministres et réglant la responsabilité pénale des membres des gouvernements de communautés ou de région.

¹³⁵ Const., art. 142 ; Loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

s'assure de la constitutionnalité d'une série de normes législatives, le Conseil d'état¹³⁶ exerce un contrôle tant *a priori* qu'*a posteriori* et enfin, l'article 159 de la Constitution offre un pouvoir immense au pouvoir judiciaire.

Cependant, le contrôle n'est pas nécessairement une solution viable : D., Vandermeersch s'inquiète du « *surinvestissement de la phase préliminaire par rapport à la phase de jugement*¹³⁷ » et craint que la « *multiplication des contrôles et des recours en cours et à la clôture de l'instruction ne [coupe] l'herbe sous les pieds des contradicteurs*¹³⁸ ». Il précise également que ces contrôles se font souvent sur la base d'un dossier incomplet qui « *donne l'illusion de la contradiction [car] amputé de certains éléments*¹³⁹ ». D'autant plus qu'il faut garder à l'esprit que la majorité des dossiers passent par l'information¹⁴⁰.

De la même manière, je crois qu'un contrôle trop strict de l'information et du ministère public n'est pas nécessaire. Le risque étant de voir la tendance s'inverser et que des avocats peu scrupuleux utilisent tous les recours possibles pour retarder les investigations ou démultiplier les arguments sur la procédure, afin de mettre des bâtons dans les roues des enquêteurs.

Il ne faut pas oublier que l'action publique appartient à la société¹⁴¹, pas au membre du parquet en tant que tel. Dès lors, il convient de ne pas perdre de vue l'intérêt de la société. C'est ainsi que M., Franchimont pose la question suivante : « *est-il encore possible de faire la distinction manichéenne de la défense de la société et de la défense de l'individu ?*¹⁴² ».

Certes, l'institution fait depuis toujours l'objet d'un consensus¹⁴³ mais celui-ci n'est pas immuable. La manière dont les institutions ont fonctionnés d'antan n'est ni le signe d'un futur irréprochable ni d'une mise à l'abri des réformes. Ainsi, tant que le ministère public ne descendra pas du piédestal sur lequel il est placé, il ne sera pas question de penser à un introduire un brin de contradiction pendant la phase d'enquête. Les armes du suspect resteront chargées à blanc.

Ce piédestal risque aussi de reléguer le juge d'instruction dans un rôle subalterne. À ce titre, Ch., De Valkeneer précise que la tendance est « à l'érosion¹⁴⁴ des compétences du juge d'instruction » mais dénonce le fait que son remplaçant ne jouisse pas d'une indépendance comparable à la sienne et précise « *indépendamment de la qualité des personnes qui assument les*

¹³⁶ Const., art.141, 160 ; Lois coordonnées sur le Conseil d'état, art. 2 à 4.

¹³⁷ D., VANDERMEERSCH, « Conclusions - les droits de la défense : un enjeu fondamental », in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal, à la lumière de la réforme Salduz*, Collection du Jeune barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2012, p. 214.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 214.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 214 et 215.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 205.

¹⁴¹ X., MAGNÉE, « La place du ministère public à l'audience pénale », *J.T.*, 1998, p.177 à 182 ; P., DE LE COURT, P., DHAeyer, « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 531.

¹⁴² M., FRANCHIMONT, « Le ministère public, le rôle et le statut », *Juger*, 11/12/13, 1997, p. 50.

¹⁴³ C.E.D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, §32 à 34 ; C.E.D.H., arrêt Borgers c. Belgique du 30 octobre 1991, §26 ; C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité, §71 ; C.E.D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, §30.

¹⁴⁴ M., DE RUE, CH., VALKENEER, « les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : analyse des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et de leurs arrêtés d'application », in *les dossiers du J.T.*, n°44, Larcier, 2004, p. 163.

fonctions de procureur du Roi, force est de constater que la subordination du parquet au pouvoir politique va croissante au fil des années¹⁴⁵ ».

En outre, il n'en reste pas moins que l'enquête devient primordiale pour la préparation du procès et qu' « *un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves¹⁴⁶ ».*

Cette importance de la phase d'enquête prend le dessus sur l'audience. D., Vandermeersch déplore que peu de témoins soient convoqués à l'audience par rapport au nombre de témoins entendus pendant l'enquête¹⁴⁷ et ce malgré le fait qu'elle soit censée être le siège du contradictoire.

C'est pourquoi il est temps de rétablir un peu d'ordre et de logique dans cette procédure.

Section 2 : L'accès au dossier.

Dans cette logique d'enquête plus ouverte et toujours au regard de l'égalité des armes, il me semble nécessaire de revoir certains points de notre procédure pénale liés à l'accès au dossier.

1. Situation belge.

Pendant la phase préliminaire, le droit d'accéder au dossier reste une exception.

Lorsqu'il assiste le suspect dans le cadre de sa première audition, l'avocat n'a pas le droit d'accéder au dossier¹⁴⁸.

En matière d'accès au dossier dans le cadre de **l'information**, seul l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive, en son article 125, donnait une chance minime et sinieuse d'accéder au dossier.

Désormais l'article 21bis, inséré par la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice¹⁴⁹, précise qu' « *il est statué sur la demande de la personne directement intéressée de consulter le dossier ou d'en obtenir copie par le juge d'instruction, conformément à l'article 61ter, ou par le ministère public, en fonction de l'état de la procédure* ».

¹⁴⁵ M., DE RUE, CH., VALKENEER, « les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : analyse des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et de leurs arrêtés d'application », in *les dossiers du J.T.*, n°44, Larcier, 2004, p. 165.

¹⁴⁶ C.E.D.H., arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008, §54.

¹⁴⁷ D., VANDERMEERSCH, « Conclusions - les droits de la défense : un enjeu fondamental », in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal, à la lumière de la réforme Salduz*, Collection du Jeune barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2012, p. 215.

¹⁴⁸ C.I.C., art. 47bis et sv.

¹⁴⁹ Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice, publiée au Moniteur Belge le 31 décembre 2012, p. 5286.

La personne directement intéressée est définie, entre autres, comme « ... *l'inculpé, la personne à l'égard de laquelle l'action publique est engagée dans le cadre de l'instruction, la personne soupçonnée, la partie civilement responsable, la partie civile* ... ¹⁵⁰ ».

En cours **d'instruction**, « *les parties directement intéressées, visées à l'article 21bis, peuvent, ... demander au juge d'instruction l'autorisation de consulter le dossier ou d'en obtenir copie*¹⁵¹ ». La demande est introduite par requête motivée, au plus tôt un mois après l'engagement des poursuites¹⁵². Si le juge d'instruction accepte, le dossier sera mis à disposition du requérant¹⁵³. En cas de refus, il existe un droit d'appel pour le requérant et le procureur du Roi¹⁵⁴.

« *Le juge d'instruction peut interdire la consultation ou la copie du dossier ou de certaines pièces si les nécessités de l'instruction le requièrent, ou si la consultation présente un danger pour les personnes ou porte gravement atteinte à leur vie privée ou que le requérant ne justifie pas d'un motif légitime pour consulter le dossier*¹⁵⁵ ».

Lorsque **l'inculpé** fait en plus l'objet d'une mesure de **détention préventive**, c'est la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive qui est d'application : il aura accès au dossier avant l'audience de confirmation du mandat d'arrêt et avant chaque audience de comparution mensuel devant la chambre du conseil¹⁵⁶.

En cours d'instruction, le juge d'instruction a accès constamment à son propre dossier, cela va de soi. Le ministère public dispose du droit de demander au juge d'instruction la communication du dossier à tout moment de la procédure¹⁵⁷.

Au moment du règlement de la procédure, l'accès est automatique¹⁵⁸.

2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

a. Consécration de l'accès au dossier.

Bien qu'il ne soit pas garanti en termes exprès, l'accès au dossier est une garantie déduite de l'article 6, §3, b) de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁹.

¹⁵⁰ C.I.C., art. 21bis, al. 2

¹⁵¹ C.I.C., art. 61ter

¹⁵² C.I.C., art. 61ter, §2

¹⁵³ C.I.C., art. 61ter, §4

¹⁵⁴ C.I.C., art. 61ter, §5

¹⁵⁵ C.I.C., art. 61ter, §3

¹⁵⁶ Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, art. 21, §3, al. 1 et 22, al. 4, publiée au Moniteur belge du 14 août 1990, p. 15779.

¹⁵⁷ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 765.

¹⁵⁸ C.I.C., art. 127, §2.

¹⁵⁹ C.E.D.H., arrêt *El Mentouf c. Suisse* du 22 avril 2014, rendu à l'unanimité, §22 ; Rapport de la commission, *Jaspers c. Belgique* du 14 décembre 1981, §55-56 ; Rapport de la Commission, *Haase c. Allemagne* du 11 décembre 1976, §115.

b. Un droit qui n'est pas absolu.

C'est l'article 6, §1 qui impose à l'accusation de divulguer à la défense toutes les preuves, à charge comme à décharge : « *De surcroît, l'article 6 § 1 exige ... que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge*¹⁶⁰ ». La Cour accepte que des restrictions soient apportées au droit d'accès à l'ensemble des preuves toutefois, ces restrictions doivent être justifiées par un intérêt prédominant et absolument nécessaires :

« ... Le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents – tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé ... Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires ... De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires¹⁶¹ ».

« La Cour rappelle que le droit à un procès pénal équitable implique que la défense puisse avoir accès à l'ensemble des preuves entre les mains de l'accusation, qu'elles soient en défaveur, ou en faveur, de l'accusé. Les seules restrictions admissibles au droit d'accès à l'ensemble des preuves disponibles sont celles qui s'avèrent strictement indispensables, soit la protection d'intérêts nationaux vitaux ou la sauvegarde des droits fondamentaux d'autrui¹⁶² ».

« Eu égard à la place éminente qu'occupe le droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire. Dès lors qu'une mesure moins restrictive peut suffire, c'est elle qu'il faut appliquer¹⁶³ ».

La Cour précise qu'il ne lui appartient pas de dire « *si pareille attitude [la restriction d'accès] était absolument nécessaire car, en principe, c'est aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier les preuves produites devant elles ... la Cour doit ... examiner si le processus décisionnel a satisfait dans toute la mesure du possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé*¹⁶⁴ ».

Enfin, « *l'article 6, §3, b), reconnaît à l'accusé le droit de disposer de tous les éléments pertinents pour servir à se disculper ou à obtenir une atténuation de sa peine, qui ont été ou peuvent*

¹⁶⁰ C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §44.

¹⁶¹ C.E.D.H., arrêt Rowe and Davis du 16 février 2000, §61 ; C.E.D.H., arrêt Doorson c. Royaume-Uni de 26 mars 1996, § 72 ; C.E.D.H., arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas du 23 avril 1997, §54 ; C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §45.

¹⁶² C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012, §61.

¹⁶³ C.E.D.H., arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas du 23 avril 1997, §58.

¹⁶⁴ C.E.D.H., arrêt Rowe and Davis du 16 février 2000, §62.

être accueillis par les autorités compétentes. S'il s'agit d'un document, la Commission estime que l'accès à celui-ci est une « facilité nécessaire » dès l'instant où il fait état, comme en l'espèce, de faits reprochés à l'accusé, de la foi qu'on peut ajouter à un témoignage, etc... »¹⁶⁵.

c. Un droit dont l'absence peut placer le justiciable dans une position de net désavantage.

La Cour insiste sur l'**essentialité** de l'accès au dossier pour le prévenu/l'accusé : « *les prévenus auraient dû avoir la possibilité d'accéder à leur dossier pour préparer leur défense, ... l'intérêt de cet accès au dossier [étant] suffisamment démontré par l'usage qu'en font les mandataires de justice...* »¹⁶⁶ »

« ... Si la défense avait été en mesure de persuader le juge que la police avait agi de manière abusive, les poursuites auraient en réalité été abandonnées ... Or, malgré cela, les requérants se sont vu refuser l'accès aux preuves litigieuses. Il n'a donc pas été possible aux représentants de la défense de développer pleinement devant le juge leur thèse du *guet-apens* »¹⁶⁷ ».

Le dossier sert inévitablement les intérêts de la défense : « ... la consultation d'un dossier est indispensable à l'organisation d'une bonne défense : point de « *préparation de la défense* » efficace sans accès au dossier (ou à sa copie) »¹⁶⁸ ».

Ici, la Cour considère que l'absence d'accès au dossier place le prévenu dans une situation de **désavantage net** pour présenter ses arguments au juge mais il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à Strasbourg pour s'en douter. Il n'a tout simplement aucune possibilité de trouver des arguments.

De surcroît, elle ne minimise pas non plus l'importance de la phase d'enquête pour les droits de la défense : « *it cannot be excluded that evidence obtained in the investigating proceedings will be relied on in the judgment. It is therefore essential for the defence ... that the basis for its defence activity can be laid already at this stage ...* »¹⁶⁹ ».

Elle décrit l'instruction comme « ... une phase cruciale de la procédure litigieuse, en particulier dans la mesure où de nombreux actes tendant à rassembler les éléments de preuve ont été accomplis par les autorités à ce stade »¹⁷⁰ » et du fait « qu'il ressort du libellé des décisions prononcées ... que les éléments recueillis ... au cours de l'instruction préliminaire ont été largement utilisés pour appuyer tant l'ordonnance de son renvoi en jugement que le jugement prononcé par le tribunal pour enfants. La Cour observe en particulier que les aveux initiaux du requérant, corroborés largement par ses

¹⁶⁵ C.E.D.H., arrêt El Mentouf c. Suisse du 22 avril 2014, rendu à l'unanimité, §22 ; Décision de la Commission, Jaspers c. Belgique du 15 octobre 1980, §58.

¹⁶⁶ C.E.D.H., arrêt Foucher c. France du 18 mars 1997, §10 et 36.

¹⁶⁷ C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003, §46 ; C.E.D.H., arrêt Foucher c. France du 18 mars 1997, §36

¹⁶⁸ C., RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 129 citant PRADEL, J. ; O., KLEES, D., VANDERMEERSCH, « La réforme « Franchimont » - Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, p. 431.

¹⁶⁹ Rapport de la Commission, Can c. Autriche du 12 juillet 1984, § 50 ; C.E.D.H., arrêt Adamkiewicz c. Pologne du 02 mars 2010, §83.

¹⁷⁰ C.E.D.H., arrêt Adamkiewicz c. Pologne du 02 mars 2010, §88.

*déclarations subséquentes devant le juge aux affaires familiales, ont servi à fonder sa condamnation*¹⁷¹ ».

d. Un droit dont l'absence peut entraîner une violation de l'article 6.

Dans l'arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*, la Cour conclut à la violation de l'article 6, §1¹⁷².

Dans l'arrêt *Adamkiewicz c. Pologne*, alors que l'avocat en question n'avait pu rencontrer son client (mineur) durant l'enquête que de manière très limitée, il n'a eu accès au dossier qu'à une seule reprise au cours de l'instruction, la Cour conclut « *compte tenu de ces circonstances, force est de constater que pendant l'instruction préliminaire les droits de la défense du requérant ont été restreints de manière considérable* »¹⁷³.

Une partie de la doctrine estime que la non-communication du dossier à un inculpé non détenu pendant toute la phase de l'instruction constitue une violation de l'article 6, §3, b), de la Convention¹⁷⁴.

e. Un droit à géométrie variable.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas consacré, à ma connaissance¹⁷⁵, de droit automatique et inconditionné d'accéder au dossier au cours de la phase préliminaire du procès.

Elle ne précise pas non plus à quel moment l'avocat doit avoir accès au dossier¹⁷⁶. Cependant, en cas de détention, la Cour se tourne vers l'article 5, §4 de la Convention pour imposer un droit d'accès au dossier afin d'assurer « *un examen du respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la légalité ... de [la] privation de liberté* »¹⁷⁷.

Tristement, elle a d'ailleurs considéré « *en l'espèce, elle se doit de constater qu'à supposer même que le requérant n'ait pas eu facilement accès au dossier d'instruction jusqu'à son inculpation, l'on ne saurait pour autant raisonnablement considérer que ses droits de la défense sont violés. En effet, il se verra délivrer une copie de l'intégralité du dossier répressif au plus tard au moment où une date est retenue pour les plaidoiries, de sorte que les droits de la défense sont garantis dans le cadre de son procès pénal* »¹⁷⁸.

¹⁷¹ C.E.D.H., arrêt *Adamkiewicz c. Pologne* du 02 mars 2010, §90.

¹⁷² C.E.D.H., arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003, §48.

¹⁷³ C.E.D.H., arrêt *Adamkiewicz c. Pologne* du 02 mars 2010, §86.

¹⁷⁴ H.-D., BOSLY, « L'égalité des armes dans la phase préparatoire du procès pénal », in *Liber amicorum du Professeur E., KRINGS*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 449 ; J., VERLINDEN, « De toepassing van artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van zaken buiten het stadium van het vonnisgerecht », *Panop.*, 1989, p. 15 et sv.

¹⁷⁵ M.-A., BEERNAERT, CH., CHARRIÈRE BOURNAZEL, Y., JEANNERET, « Les suites de l'arrêt *Salduz* en droit belge, français et suisse », *R.T.D.H.*, n°23, 2012, Tome I, pp. 243 et 244.

¹⁷⁶ D., DILLENBOURG, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : état de la question et enjeux », in *Actualités de droit pénal*, CUP, Vol. 128, Liège, Anthemis, 2011, p. 27.

¹⁷⁷ C.E.D.H., arrêt *Lietzow c. Allemagne* du 13 février 2001, §44 ; C.E.D.H., arrêt *Fodale c. Italie* du 1^{er} juin 2006, §39.

¹⁷⁸ C.E.D.H., *Roemen et Schmidt c. Luxembourg* du 12 mars 2002, déc. sur la recevabilité.

3. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

a. *Un droit non-absolu, nécessaire à l'inculpé détenu.*

La Cour constitutionnelle a fait sienne la conception de Strasbourg sur la possibilité de restreindre l'accès aux preuves¹⁷⁹.

Ce droit d'accès est cependant nécessaire au détenu pour lui permettre de contester efficacement la légalité de sa détention. Cette réforme a été mise en place à la suite de l'arrêt Lamy c. Belgique¹⁸⁰ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, ce que constate la Cour constitutionnelle¹⁸¹.

Elle précise également que « *l'ingérence dans les droits de la défense ne peut toutefois être justifiée que si elle est strictement proportionnée à l'importance des objectifs à atteindre et si elle est compensée par une procédure qui permet à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure (voir CEDH, 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004, Edwards et Lewis c. RoyaumeUni)*¹⁸² ». Or, il me semble que dans l'arrêt de la Cour européenne cité¹⁸³, celle-ci se réfère à plusieurs reprises à une « divulgation » et non à un contrôle de la légalité des méthodes. La Cour constitutionnelle a une approche erronée.

4. Critique de la procédure mise en place.

a. *Ineffectivité des « pseudo-droits » accordés pendant l'information.*

La procédure introduite par la loi du 27 décembre 2012 (précitée) est d'une nébulosité telle qu'il conviendrait même de se demander si celle-ci prévoit réellement une « procédure » à respecter.

En effet, un élément saute de suite aux yeux : pour le ministère public, la procédure d'accès est contenue dans un seul article comptant un seul paragraphe alors qu'elle ne fait pas moins de sept paragraphes pour le juge d'instruction. Cet unique paragraphe ne contient aucune précision sur la manière d'adresser la demande, sur le délai pour y répondre, sur la procédure en cas d'inertie du ministère public, sur d'éventuels critères de refus, sur la manière et la durée de mise à disposition du dossier, sur le délai pour faire une nouvelle demande ainsi que sur la possibilité de faire un recours.

Il est d'autant plus surprenant que la Cour constitutionnelle a considéré, précisant qu'elle se limitait à l'analyse de la situation de la partie civile face à l'inculpé détenu¹⁸⁴, qu'« *en donnant ... un fondement légal à un système qui n'offre à la partie civile aucun recours juridictionnel contre les décisions statuant sur sa demande de consultation, le législateur a pris une mesure qui, à l'égard de la*

¹⁷⁹ C. Const., 30 septembre 2009, n° 150/2009, B.11.1.

¹⁸⁰ C.E.D.H., arrêt Lamy c. Belgique du 30 mars 1989.

¹⁸¹ C. Const., 08 mai 2001, n° 59/2001, B.6.

¹⁸² C. Const., 30 septembre 2009, n° 150/2009, B.11.1.

¹⁸³ Arrêt qui sera analysé plus amplement au point 4.c)

¹⁸⁴ C. Const., 18 juillet 1997, n° 054/1997, B.10.

partie civile, n'est pas dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec les objectifs poursuivis »¹⁸⁵.

La Cour européenne, elle, a rappelé à plusieurs reprises que « *le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique*¹⁸⁶ ». De plus, dans l'arrêt Coëme c. Belgique¹⁸⁷, elle a déclaré que « *la réglementation de la procédure vise, d'abord, à protéger la personne poursuivie contre des risques d'abus de pouvoir et que c'est donc la défense qui est la plus susceptible de pâtir des lacunes et imprécision de pareille réglementation*¹⁸⁸ ».

Dès lors, cette procédure ne me semble pas suffisamment complète pour garantir l'institution d'une égalité d'accès, voir uniquement d'un équilibre dans le droit d'accès, entre la partie poursuivie et la partie poursuivante.

b. Avantage de la position de l'inculpé détenu.

Il y a une différence de traitement entre les suspects et inculpés non-détenus face aux inculpés détenus. Les premiers ont le droit de demander un accès au dossier alors que les seconds auront un droit d'accès automatique dans le cadre du contrôle de la détention préventive.

Les travaux préparatoires de la loi du 12 mars 1998 (précitée) estiment qu'il y a une différence de traitement mais qu'elle ne constitue pas une discrimination « *dans la mesure où elle se justifie par la situation différente ... : lorsqu'une instruction est ouverte, les poursuites sont engagées et le suspect devra passer à tout le moins devant la chambre du conseil pour le règlement de la procédure ; au stade de l'information, par contre, les poursuites ne sont pas encore engagées et l'affaire pourrait être classée sans suite par le procureur du Roi*¹⁸⁹ ». Par contre la commission d'enquête parlementaire estime qu'il y a une discrimination¹⁹⁰.

De plus, si plusieurs qualités sont réunies dans une même procédure les travaux préparatoires de la loi du 12 mars 1998 précisent bien qu' « *en cas de pluralité de personnes concernées par un même dossier, parmi lesquelles certaines sont en détention préventive et d'autres pas, la communication du dossier est régie, pour les premières par la loi sur la détention préventive, et pour les autres, par l'article 61ter du Code d'instruction criminelle. Les deux régimes ne peuvent être cumulés*¹⁹¹ ». Ce qui, considérant que chacun est une partie dont les conclusions tenteront d'influencer le point de vue du juge, place les non-détenus dans une situation de désavantage par

¹⁸⁵ C. Const., 18 juillet 1997, n° 054/1997, B.16 ; CHICHOYAN, D., « Autres actualités législatives », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, vol. 1, CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 427, note 140.

¹⁸⁶ C.E.D.H., arrêt Artico c. Italie du 13 mai 1980, §33.

¹⁸⁷ C.E.D.H., arrêt Coëme c. Belgique du 22 juin 2000.

¹⁸⁸ C.E.D.H., arrêt Coëme c. Belgique du 22 juin 2000, § 102.

¹⁸⁹ Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n°857/1, p. 44 et 45.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 47.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 48-49.

rapport aux détenus dès lors qu'ils ont un droit d'accès qui leur permet de rendre effectif d'autres droits (notamment, le droit de demander des actes d'instructions complémentaires¹⁹²).

D'autant plus que le législateur consacre, peut-être de manière involontaire mais bel et bien réelle, un droit d'accès au dossier qui, certes s'il dépend d'un placement en détention préventive, n'a pas comme but principal de la contester valablement comme le prescrit l'article 5, §4 de la Convention européenne des droits de l'homme. Lorsque le contrôle de la détention préventive devient trimestriel, le dossier est mis, de mois en mois, pendant deux jours, à la disposition de l'inculpé et de son conseil¹⁹³. Cela lui permet, entre autre, de faire une demande de remise en liberté¹⁹⁴. Cependant, l'inculpé détenu n'a pas l'obligation de procéder à cette demande.

« *Cet accès au dossier est prévu, parallèlement à la possibilité de dépôt d'une requête de mise en liberté, afin de respecter le principe d'égalité entre les inculpés*¹⁹⁵ ».

Partant, il se trouve dans une position d'accès automatique, éphémère mais d'autant plus confortable puisque l'inculpé non-détenu, le suspect ou la partie civile n'auront pas ce même droit automatique et régulier. L'égalité des armes entre ces différents acteurs n'est donc pas assurée à ce stade et cela d'autant plus que le droit d'accéder au dossier permet de tirer des avantages autres que ceux liés à la remise en question de la détention et la Cour européenne pourrait, en fonction des circonstances de la cause, conclure à la violation de l'article 6. Précisons quand même que la situation n'est malheureusement pas à envier car elle nécessite une incarcération.

Cette position d'incarcéré n'est pas la seule position de vulnérabilité. La Cour de Strasbourg le reconnaît elle-même dans l'arrêt Navone et autres c. Monaco, au stade de l'enquête, à propos de l'absence de notification du droit de garder le silence : « *un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves*¹⁹⁶ ».

La jurisprudence Salduz avait aussi permis son lot de doutes. M.-A., Beernaert estimait, dans un premier temps, que « *la Cour, lorsqu'elle traite du droit à l'assistance d'un avocat, ne parle jamais de détenu ou de personne privée de liberté mais bien du suspect, d'accusé ou de prévenu sans autre précision*¹⁹⁷ ». Point de vue qui est déforcé par la Cour européenne elle-même au travers de plusieurs arrêts dans lesquelles elle considère que l'assistance d'un avocat est conditionnée par la privation de

¹⁹² Cfr *infra*.

¹⁹³ Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, art. 22, §1, al. 8.

¹⁹⁴ Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, art. 22*bis*.

¹⁹⁵ Projet de loi modifiant la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnisation en cas de détention préventive inopérante, modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et modifiant certaines dispositions du Code d'instruction criminelle, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°51-1317/001, p. 7.

¹⁹⁶ C.E.D.H., arrêt Navone c. Monaco du 24 octobre 2013, rendu à l'unanimité, §70 ; C.E.D.H., arrêt Süzer c. Turquie du 23 avril 2013 rendu à l'unanimité, §74.

¹⁹⁷ M.-A., BEENAERT, « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *R.D.P.C.*, 2009, p. 977.

liberté¹⁹⁸. Il n'est resté pas moins que le critère de la détention n'est plus déterminant dans le cadre de la directive 2013/48/UE du parlement européen et du conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires.

À cette fin, D., Vandermeersch rappelle que « *la généralisation du droit d'accès au dossier ne paraît pas excessive à ce stade : ne perdons pas de vue qu'en matière de détention préventive, le droit d'accès au dossier est la règle au plus tard le quatrième jour à compter de la délivrance du mandat d'arrêt et que les différents acteurs judiciaires se sont bien accommodés à la volonté du législateur*¹⁹⁹ ».

Pendant, ce droit d'accès automatique pour tous pourrait être encadré par des conditions de temps. Par exemple, le même auteur considère que le délai d'un mois prévu pour accéder à nouveau au dossier avant de comparaître en chambre du conseil est très court : « *l'instruction ... n'en est souvent qu'à ses balbutiements en raison notamment du fait que les instructions en cause de détenus préventifs sont traitées, en principe, de façon prioritaire*²⁰⁰ ». Et pour l'avoir constaté de mes propres yeux, les devoirs d'enquête demandés par le ministère public dans un dossier prennent aussi quelques mois pour être réalisés. Je crois que les avocats ne seraient pas opposés à cette méthode qui permettrait d'éviter de perdre son temps à aller consulter un dossier qui n'a absolument pas changé depuis la dernière fois.

c. Les méthodes particulières de recherche dans la ligne de mire.

i. Situation belge : procédure et dossier confidentiel.

Les méthodes particulières de recherche sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs²⁰¹. Elles ont été introduites en droit belge par la loi du 6 janvier 2003²⁰², applicable aussi bien pour l'information que l'instruction.

L'observation est définie comme « *l'observation systématique, par un fonctionnaire de police, d'une ou plusieurs personnes, de leur présence ou de leur comportement, ou de choses, de lieux ou d'événements déterminés*²⁰³ ». Son champ d'application est défini à l'alinéa 2 du même article, en dehors de ce champ, « *aucune condition ou contrôle particuliers*²⁰⁴ » ne s'appliquent.

¹⁹⁸ M.-A., BEERNAERT, CH., CHARRIÈRE BOURNAZEL, Y., JEANNERET, *op. cit.*, *R.T.D.H.*, n°23, 2012, Tome I, p. 245 ; C.E.D.H., arrêt Zaichenko c. Russie du 18 février 2010 ; C.E.D.H., arrêt Begu c. Roumanie du 15 mars 2011 ; C.E.D.H., arrêt Stojkovic c. France et Belgique du 27 octobre 2011.

¹⁹⁹ O., KLEES, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1998, p. 432.

²⁰⁰ O., KLEES, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1998, p. 432.

²⁰¹ C.I.C., art. 47ter, §1.

²⁰² Loi du 06 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes, publiée au Moniteur belge du 12 mai 2003, p. 25351.

²⁰³ C.I.C., art. 47sexies, §1, al.1.

²⁰⁴ C.I.C., art. 47sexies, §1, al.2. ; M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 548.

L'infiltration est « *le fait, pour un fonctionnaire de police, ..., d'entretenir sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal ou des crimes ou des délits visés à l'article 90ter, §§2 à 4*²⁰⁵ ».

La mise en œuvre de l'observation et de l'infiltration est soumise à un critère de subsidiarité²⁰⁶.

Le recours aux indicateurs est « *le fait, pour un fonctionnaire de police, d'entretenir des contacts réguliers avec une personne, ..., dont il est supposé qu'elle entretient des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions et qui fournit à cet égard au fonctionnaire de police ... des renseignements et des données, qu'ils aient été demandés ou non*²⁰⁷ ».

Le recours aux indicateurs est autorisé pour toutes les infractions et n'est pas conditionné par un principe de subsidiarité²⁰⁸.

La mise en œuvre des méthodes particulières de recherche est l'occasion de mettre sur pied un dossier dit « *confidentiel*²⁰⁹ ».

Dans le cadre de l'observation et de l'infiltration, ce dossier est alimenté par : « *l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de recourir à ces techniques, autorisation qui mentionne les indices qui justifient le recours à la méthode, les motifs pour lesquels elle est indispensable, le nom ou la description des personnes visées, la manière dont la méthode sera exécutée, la période au cours de laquelle elle peut l'être et le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'opération (articles 47sexies, § 3, et 47octies, § 3). Le dossier confidentiel contient aussi l'autorisation accordée par le procureur du Roi aux fonctionnaires de police de commettre des infractions lors de l'exécution de la méthode de recherche (articles 47sexies, § 4, et 47octies, § 4), les décisions de modification, d'extension ou de prolongation (articles 47septies, § 2, et 47novies, § 2), et les rapports faits par l'officier de police judiciaire au procureur du Roi sur chaque phase de l'exécution de la méthode (articles 47septies, § 1er, et 47novies, § 1er)* »²¹⁰.

Dans le cadre du recours aux indicateurs, ce dossier contient les rapports du gestionnaire local des indicateurs relatifs aux renseignements des indicateurs qui relèvent de sérieuses indications d'infractions commises ou sur le point d'être commises²¹¹.

²⁰⁵ C.I.C., art. 47 octies, §1, al. 1.

²⁰⁶ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 543 et 552.

²⁰⁷ C.I.C., art. 47decies, §1

²⁰⁸ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 557.

²⁰⁹ C.I.C. art. 47septies, art. 47novies ; C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007, B.9.4.2.

²¹⁰ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 551, 555, 558 ; C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007, B.9.4.2. ; C. Const., 03 décembre 2009, n°196/2009, B.2.1 ; C. Const., 30 septembre 2009, n°150/2009, B.9.4.2.

²¹¹ C.I.C., art. 47decies, §6, al. 1 et 3.

Se retrouvent dans le dossier « accessible » : le procès-verbal reprenant les différentes phases de l'observation à l'exception des éléments susceptibles de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policières utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation²¹².

Le dossier confidentiel ne sera pas accessible pour le suspect/l'inculpé/le prévenu/l'accusé. Il est accessible par le procureur du Roi et le juge d'instruction si une instruction est ouverte, pour autant qu'il ne fasse pas mention de son contenu dans le cadre de l'instruction²¹³ et enfin, la chambre des mises en accusation aura aussi accès au dossier²¹⁴.

Il semble que le procureur du Roi et le juge d'instruction n'aient pas l'autorisation ou l'obligation de divulguer un élément du dossier confidentiel, sauf à faire face à des éléments qui entacheraient la légalité ou la loyauté des actes d'instruction²¹⁵.

ii. Compensation de la restriction d'accès aux preuves : comparaison des jurisprudences.

Comme nous l'avons vu plus haut, la Cour européenne des droits de l'homme permet des restrictions dans le droit d'accès aux preuves et la Cour constitutionnelle fait pleinement application de cette jurisprudence en reprenant la formule consacrée par celle-ci²¹⁶.

Cette dernière impose que le droit national prévoie « ... *des moyens adéquats pour compenser cette restriction et éviter que des abus ne soient commis*²¹⁷ ».

► Auteur du contrôle :

La Cour européenne n'impose pas un type de contrôle en particulier mais elle prend en compte « *par exemple, [le] fait que la question de l'opportunité d'une divulgation soit examinée par un magistrat indépendant et impartial ayant eu accès aux moyens de preuve litigieux et ayant, par voie de conséquence, été en mesure d'apprécier pleinement ... la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci. Lorsque la communication d'informations tenues secrètes n'a pas été soumise au contrôle détaillé d'une juridiction au cours de la procédure de première instance, le manque d'équité de la procédure ne peut être réparé en degré d'appel que par une communication totale et complète des éléments litigieux*²¹⁸ ».

²¹² C.I.C., art. 47septies, §1, al.1 et §2, al.2 ; art. 47novies, §1, al. 1 et §2, al. 2.

²¹³ C.I.C., art.56bis.

²¹⁴ C.I.C., art. 235ter, § 3 (dans le cadre du contrôle de la mise en œuvre des méthodes, à la clôture de l'information ou de l'instruction uniquement en ce qui concerne l'infiltration et l'observation) et 235quater, § 3 (permet un contrôle provisoire, avant la fin de l'information ou de l'instruction, uniquement pour l'infiltration et l'observation).

²¹⁵ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 559.

²¹⁶ C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007, B.11.1.

²¹⁷ C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012, §62 ; C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §49 ; C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §56.

²¹⁸ C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012, §62 ; C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §49 ; C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §56

La Cour constitutionnelle, elle, estime qu' « *il est porté atteinte aux exigences d'un procès équitable lorsque le dossier confidentiel ne peut faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial* »²¹⁹ sans autres précisions.

Le contrôle par le juge du fond tout au long de l'audience est considéré comme idéal par la Cour européenne car ce juge connaît « *tant le contenu des preuves non divulguées que la nature des arguments du requérant* »²²⁰. Cela lui permet de faire une balance entre l'intérêt du requérant à une divulgation et l'intérêt public à dissimuler ces éléments, puisque c'est toujours face à une possibilité de divulgation que la Cour se place²²¹. Toutefois, il est important de préciser que dans le cas d'espèce, le juge du fond n'a pas dû se prononcer sur la question de la culpabilité puisqu'il s'agissait d'une procédure avec jury.

Dans l'arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*²²², c'est également le juge du fond qui avait effectué ce contrôle mais la Cour s'est montrée beaucoup plus sévère dans la mesure où il avait également tranché une question de fond à laquelle les éléments cachés pouvaient se rapporter.

Dans ce cas, la Cour n'a pas invalidé le contrôle effectué par le juge du fond mais elle a considéré que sa décision de refus de divulguer les preuves était erronée et a conclu à la violation du principe du contradictoire et de l'égalité des armes dans la mesure où la défense aurait dû avoir accès à ses preuves pour pouvoir exposer sa thèse pleinement²²³.

Elle précise ailleurs que le contrôle par un juge d'appel n'est pas aussi efficace que celui de effectué par le juge de première instance notamment lorsque la procédure d'appel n'est pas recommencée à son origine : « *la ... procédure devant la Cour d'appel n'a pu remédier au manque d'équité du procès résultant de l'absence de tout contrôle par le juge de première instance des preuves non communiquées à la défense. À la différence dudit magistrat, qui vit les témoins déposer et connaissait parfaitement l'ensemble des preuves produites et des questions soulevées, les juges de la Cour d'appel étaient tributaires, pour apprécier la possible pertinence des éléments non divulgués, des comptes rendus du procès devant la Crown Court et des explications fournies par le représentant de l'accusation* »²²⁴.

Il convient donc de se demander si la juridiction d'instruction qui statue sur « *l'existence de charges suffisantes* »²²⁵ et qui contrôle de la régularité des méthodes particulières de recherche en vérifiant « *si ... les prescriptions des articles 47sexies, 47septies, 47octies et 47novies du Code d'instruction criminelle ... ont été observées, si les procès-verbaux joints au dossier répressif relatifs à la mise en œuvre de ces méthodes ... comportent les indications qu'elle doivent comporter et si*

²¹⁹ C. Const., 21 décembre 2004, n°202/2004, B.9.2 ; C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.11.1 et B.12.1.

²²⁰ C.E.D.H., arrêt *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §49.

²²¹ C.E.D.H., arrêt *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §49.

²²² C.E.D.H., arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003.

²²³ C.E.D.H., arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003, §46.

²²⁴ C.E.D.H., arrêt *Rowe and Davis* du 16 février 2000, §65.

²²⁵ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 843 ; C.I.C., art. 129 et 130.

celles-ci correspondent aux éléments du dossier confidentiel²²⁶ » a une connaissance du dossier aussi profonde que le du juge du fond puisqu'elle dispose d'un réel « monopole²²⁷ » en la matière. Sans compter qu'en cas d'information, elle ne devra même pas analyser l'existence de charges suffisantes.

En outre, dans l'arrêt *Natunen c. Finlande*, la Cour, qui conclut à la violation de l'article 6, §3, b), va même jusqu'à prendre en compte le moment où la décision de non-divulgateion a été prise : « *in this case, the decision regarding the undisclosed evidence was, presumably, made in the course of the pre-trial investigation without providing the defence with the opportunity to participate in the decision-making process*²²⁸ ». Or, en Belgique, c'est précisément à ce moment que se déroule le contrôle.

Strasbourg réproouve également une procédure « où l'accusation s'emploie elle-même à apprécier l'importance des informations dissimulées à la défense, pour la mettre en regard de l'intérêt public à tenir ces informations secrètes, ne saurait satisfaire aux exigences précitées de l'article 6 § 1²²⁹ » alors que la Cour constitutionnelle précise : « le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que les parties ne peuvent consulter. La loi ne pourrait être contournée en mettant dans le dossier confidentiel des pièces qui doivent figurer dans le dossier répressif²³⁰ ». Néanmoins, elle perd de vue que c'est bel et bien l'officier de police judiciaire qui déterminera les éléments susceptibles de « compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policières utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation²³¹ ». Ce critère est donc large et n'impose aucune mise en balance avec les intérêts du suspect/de l'inculpé par l'officier de police judiciaire²³².

Certes, « le procureur du Roi est la figure centrale du contrôle de la mise en œuvre des méthodes ..., mais les services de police se voient également attribuer des prérogatives fort importantes²³³ » et M.-A., Beernaert se demande aussi « si, en raison de la surcharge de travail des parquets et de l'autonomie grandissante des services de police, le contrôle général du procureur du Roi ne risque pas de manquer d'effectivité²³⁴ » et R., Verstaeten et Ph., Traest confirment « de uitvoering van de onderzoeksdaden in (zeer) grote mate wordt toevertrouwd aan de gerechtelijke politie²³⁵ ».

²²⁶ Cass., 23 novembre 2013, *Pas.*, 2010, n°691.

²²⁷ A., MASSET, « Les méthodes particulières de recherche : chasse gardée pour le gardien », note ss C. Cass. du 3 mars 2009, *R.P.D.C.*, 2009, p.1049.

²²⁸ C.E.D.H., arrêt *Natunen c. Finlande* du 31 mars 2009, §48.

²²⁹ C.E.D.H., arrêt *Rowe and Davis* du 16 février 2000, §63-64.

²³⁰ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.12.2 ; C. Const., 30 septembre 2009, n°150/2009, B.12.2.

²³¹ C.I.C., art. 47septies, §1, al.1 et §2, al.2 ; art. 47novies, §1, al. 1 et §2, al. 2.

²³² D., VANDERMEERSCH, « Les enjeux des lois relatives aux méthodes particulières de recherche au regard de l'évolution des relations entre les acteurs policiers et judiciaire », in *Les méthodes particulières de recherche : bilan et critiques des lois du 06 janvier 2003 et du 27 janvier 2005*, Bruxelles, La Charte, 2007, p. 47.

²³³ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 543 ; C.I.C., art. 47ter, §2.

²³⁴ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 543.

²³⁵ PH., TRAEEST, R., VERSTRAETEN, « Het recht van verdediging in de onderzoekfase », *Nullum crimen*, 2008, p. 92.

S'il est vrai qu'en pratique, « *dans la majorité des situations, [l'exécution de la mesure] est relatée avec précision et avec une grande fidélité par l'officier dirigeant ... Toutefois, l'obligation de tenir un dossier confidentiel ... risque de jeter le trouble [sur] cette transparence*²³⁶ »

Il me semble que le choix de l'auteur pourrait être optimisé de manière à s'assurer que la thèse exposée par la défense puisse être, dans son entièreté, confrontée au contenu du dossier confidentiel, afin qu'elle ne soit pas placée dans une position de désavantage encore plus marquée. De plus, la législation me paraît beaucoup trop restrictive car elle devrait permettre une divulgation, pendant la phase de jugement, des éléments qui pourraient aider la défense à se disculper. Le contrôle du juge du fond serait de nature à assurer l'égalité des armes car c'est justement son point de vue qui sert de curseur pour déterminer l'étendue des exigences de l'égalité des armes et il pourrait, si besoin est, divulguer les documents pour lesquels il souhaiterait de plus amples explications.

► Procédure qui évite un « abus » :

En outre, même si la Cour européenne n'impose pas un contrôle d'opportunité d'une divulgation, qui me semble être le seul contrôle imaginable, elle impose cependant que la procédure nationale permette d'éviter qu'un abus soit commis et d'après moi, la procédure établie devant la chambre des mises en accusation ne permet pas, de quelques manières que ce soit, de garantir une absence d'abus :

Premièrement, la procédure mise en place ne permet pas de débat contradictoire²³⁷. Lors de son contrôle, la chambre des mises en accusation entend, séparément et en l'absence des parties, le procureur général en ses observations. Ensuite, elle entend séparément les parties civiles et les inculpés, en présence du procureur général²³⁸.

Pourtant, la Cour constitutionnelle défend cette procédure en précisant « *bien que le débat ... ne soit pas contradictoire, la loi garantit que toutes les parties concernées seront entendues, de sorte que la juridiction d'instruction est informée de la façon la plus complète possible avant de décider. Les parties ayant la faculté de consulter au préalable le dossier répressif, qui contient, sauf les données sensibles, toutes les informations relatives aux méthodes de recherche utilisées, elles peuvent présenter une défense utile*²³⁹ ».

Elle ajoute « *compte tenu de ce que les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, les droits de la défense ne sont pas affectés de manière disproportionnée par le fait que les parties sont entendues séparément*²⁴⁰ ».

²³⁶ D., VANDERMEERSCH, « Les enjeux des lois relatives aux méthodes particulières de recherche au regard de l'évolution des relations entre les acteurs policiers et judiciaire », in *Les méthodes particulières de recherche : bilan et critiques des lois du 06 janvier 2003 et du 27 janvier 2005*, Bruxelles, La Charte, 2007, p. 48.

²³⁷ C.I.C., art. 235ter, §2, al. 2, 3 et 4.

²³⁸ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 801.

²³⁹ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.14.4 ; C. Const., 30 septembre 2009, n° 150/2009, B.14.4 ; C. Const., 10 juin 2009, n° 98/2009, B.2.4.

²⁴⁰ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.14.5.

Effectivement, le suspect/l'inculpé est associé à la procédure puisqu'il est entendu mais uniquement sur des éléments dont il n'aura jamais connaissance, face au procureur général dont il n'a pas entendu les observations et ses arguments ne sauraient porter sur la possibilité de divulguer le contenu du dossier précité²⁴¹. La défense ignore « *la nature des questions qu'il [faut] aborder*²⁴² ».

Certes, la Cour européenne porte attention au fait que « *la défense ait l'occasion de formuler des observations et de participer au processus décisionnel [autant que possible] sans que lui fussent divulgués les éléments de preuve que, pour des motifs d'intérêt public, l'accusation souhaitait ne pas devoir communiquer*²⁴³ ».

Toutefois, en matière de détention préventive, la Cour européenne ajoute que « *toute procédure relevant de l'article 5, §4 ... doit en principe également respecter, autant que possible ... les exigences fondamentales d'un procès équitable telles que le droit à une procédure contradictoire. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée ... doit garantir que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter*²⁴⁴ ». Dès lors, la procédure belge ne me semble pas garantir suffisamment l'égalité des armes.

Strasbourg précise aussi que la présence est primordiale afin d'entendre les arguments de la partie adverse pour assurer le respect de l'égalité des armes : « *le respect du principe de l'égalité des armes et le droit à une procédure contradictoire exigeaient dès lors que le requérant fut autorisé à assister à l'audience et à contester les conclusions du procureur*²⁴⁵ ». Cette procédure reste boiteuse au sens où elle est largement unilatérale.

Selon M.-A., Beernaert, H.-D., Bosly et D., Vandermeersch, une comparaison entre les arrêts Fitt et Jasper c. Royaume-Uni et Edwards et Lewis c. Royaume-Uni permet de constater que la procédure de contrôle non-contradictoire, même par le juge du fond, n'est pas suffisante pour éviter les abus : « *la Cour ... admet que la non-divulgence de certains éléments soit décidée dans le cadre d'une procédure unilatérale à laquelle la défense n'est pas associée lorsque l'accusation ne se prévaut pas des éléments non divulgués et que ceux-ci ne sont pas portés à la connaissance du juge du fond, elle conclut, par contre, à la violation de l'article 6, malgré l'intervention d'un juge indépendant et impartial, lorsque les éléments de preuve non divulgués peuvent être directement pertinents pour l'issue de la procédure au fond*²⁴⁶ ».

²⁴¹ C.I.C., art. 235ter, §2, al. 2, 3 et 4.

²⁴² Opinion dissidente de Mme Palm, Mr Fischbach, Mme Vajic, Thomassen et Tsatsa-Nikolovska et M. Traja à la suite de l'arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

²⁴³ C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §55.

²⁴⁴ C.E.D.H., arrêt Fodale c. Italie du 01 juin 2006, §42 ; C.E.D.H., arrêt Garcia Alva c. Allemagne du 13 février 2001, §39.

²⁴⁵ C.E.D.H., arrêt Belziuk c. Pologne du 25 mars 1998, §39.

²⁴⁶ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 805.

Leur point de vue peut être étayé par le fait que Strasbourg précise que c'est la défense qui doit apprécier si les observations méritent une réaction²⁴⁷. Ainsi, il est certain que personne n'est dans la tête de l'avocat de la défense et certains éléments pourraient échapper au juge du fond.

Deuxièmement, en matière de consultation des pièces déclarées irrégulières, le Code d'instruction criminelle précise qu'en cas de constat d'une irrégularité, les pièces seront retirées du dossier et déposées au greffe, la chambre des mises en accusation décidera dans quelle mesure les parties pourront y avoir accès²⁴⁸.

Cette possibilité a été introduite à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle qui est intervenue en déclarant que « *l'impossibilité absolue d'utiliser devant le juge du fond des actes dont la nullité a été prononcée n'est pas proportionnée à l'objectif consistant à prévenir toute insécurité juridique. L'objectif que poursuivent les règles du Code d'instruction criminelle ... ne s'impose pas moins lorsqu'un dossier a été purgé de ses irrégularités. En décidant de manière absolue et générale que les pièces annulées par une juridiction d'instruction ne peuvent pas être consultées et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale, même lorsqu'elles contiennent des éléments qui peuvent être indispensables à la défense d'une partie, les dispositions attaquées portent une atteinte disproportionnée aux droits de la défense*²⁴⁹ ».

Cependant, le texte reste toujours silencieux sur la procédure à suivre en cas de découverte d'une irrégularité et sur la manière de mettre à disposition les preuves irrégulières²⁵⁰ et il semble encore une fois que l'utilité d'avoir accès à la preuve irrégulière ne soit pas appréciée par la défense, mais à sa place.

Je crois donc qu'il convient de revoir la procédure de contrôle mise en place par le législateur et protégée par la Cour constitutionnelle. Il me paraît intéressant d'ajouter que « *les moyens de protection des droits de la défense oscillent entre les garanties formelles (avertissements, formalités, motivation ...) et les garanties de fond (accès au dossier, acte d'instruction complémentaire, principe du contradictoire, égalité des armes ...). La procédure ... est censée assurer la protection des libertés et droits fondamentaux. Cependant la protection formelle des droits et libertés fondamentaux n'implique pas nécessairement leur effectivité. Au contraire, l'excès de développement des garanties formelles, sous la forme de multiplication de formalités et de règles de procédure, ne sert pas nécessairement toujours les droits qu'elles sont censées garantir. ... Par ailleurs, nous percevons également les limites de ces garanties formelles : soit la loi ne prévoit aucune sanction et donc, leur non-respect est rarement sanctionné ... soit ces formes sont prescrites à peine de nullités et le couperet risque d'opérer de façon aveugle sans avoir égard au fond ... des dossiers*²⁵¹ ».

²⁴⁷ C.E.D.H., arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, §49 ; C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité, §29.

²⁴⁸ C.I.C., art. 235bis, §6 ; 131, §2.

²⁴⁹ C. Const., 08 mai 2002, n° 86/2002, B.6.2 ; A., MASSET, « Les méthodes particulières de recherche : chasse gardée pour le gardien », note ss C. Cass. du 3 mars 2009, R.P.D.C., 2009, p.1044.

²⁵⁰ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 803 et 804.

²⁵¹ H.-D., BOSLY, [SS. LA DIR. DE], *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie : le centenaire de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruges, La Chartre, 2007, p. 212.

► Procédure de contrôle constante :

À cela, ajoutons que la Cour constitutionnelle ne s'émeut pas du fait que la Cour européenne insiste pour que ce contrôle se déroule « *tout au long de la procédure*²⁵² » de manière à apprécier à tout moment, en fonction des débats, si la défense n'aurait pas intérêt à connaître les éléments qui lui sont cachés. Or, en droit belge, il n'existe que la possibilité pour le juge de fond de renvoyer devant la chambre des mises en accusation un litige portant sur la légalité des méthodes particulières de recherche²⁵³.

En ajoutant « *... le juge de première instance aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées à un stade où de nouvelles questions surgissaient, où il eût été possible, en contre-interrogeant les témoins clés, d'entamer sérieusement la crédibilité de ceux-ci, et où il était toujours loisible à la défense de structurer son argumentation de diverses manières et de faire porter l'accent sur tel aspect plutôt que sur tel autre*²⁵⁴ ».

iii. La définition du contenu du dossier.

Selon la Cour constitutionnelle, « *le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que les parties ne peuvent consulter*²⁵⁵ » de sorte que « *seuls les renseignements qui sont de nature à compromettre la protection des exécutants et la mise en œuvre même des méthodes de recherche ne peuvent être consultés par la défense ... Toutes les autres informations relatives à la mise en œuvre et à l'exécution de ces méthodes de recherche doivent figurer dans le dossier répressif ... l'inculpé pourra invoquer l'interdiction d'utiliser la provocation ...*²⁵⁶ ».

Elle ajoute « *les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve*²⁵⁷ ».

Dès lors, rien dans le dossier confidentiel ne pourrait aider le prévenu à trouver des arguments utiles à sa défense et l'accusation ne pourra pas non plus utiliser les éléments du dossier pour apporter la preuve de la culpabilité (ou de la non-culpabilité !) du prévenu/de l'accusé.

C'est important de noter cet élément puisque la Cour européenne estime dans certains arrêts que l'accusation doit se prévaloir des éléments de preuve cachés au prévenu/à l'inculpé pour que celui-ci ait un quelconque intérêt à se plaindre du non-respect de son droit à un procès équitable²⁵⁸. Néanmoins, dans le même ordre d'idée que M.-A., Beernaert, H.-D., Bosly et D., Vandermeersch, en comparaison avec l'arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni, je suis convaincue que cette affirmation n'est plus exacte.

²⁵² C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012, §62 ; C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §45.

²⁵³ C.I.C., art. 189ter.

²⁵⁴ C.E.D.H., arrêt Rowe and Davis du 16 février 2000, §65.

²⁵⁵ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.12.2 ; C. Const., 30 septembre 2009, n° 150/2009, B.12.2.

²⁵⁶ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.12.3.

²⁵⁷ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.14.5.

²⁵⁸ C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §56.

Dans le cas d'espèce, les requérants interrogèrent le juge du fond sur le bien-fondé des preuves couvertes par l'immunité d'intérêt public²⁵⁹ affirmant que celles-ci furent recueillies à la suite d'une provocation²⁶⁰. Dès lors, le juge devait inévitablement se prononcer sur « *la raison pour laquelle l'opération de police avait été montée, la nature et l'étendue de la participation de la police à l'infraction, et la nature de l'incitation ou des pressions mises en œuvre par la police ...*²⁶¹ ». Notons, dès à présent, l'importance pour la défense d'invoquer ses doutes sur le contenu du dossier confidentiel.

La Cour constate que l'accès aux preuves cachées avait une « *importance décisive pour les procès des requérants, et les preuves réputées couvertes par une immunité d'intérêt public se rapportaient peut-être à des faits liés à ces requêtes*²⁶² ».

Ainsi, elle conclut à la violation du principe du contradictoire et de l'égalité des armes sur base de trois éléments :

1° Les éléments de preuves produits par l'accusation et cachés à la défense étaient **connus** du juge du fond, qui s'est d'ailleurs prononcé sur le bien-fondé de leur dissimulation et,

2° **étaient ou pouvaient être** pertinents pour répondre à une « *question de fait tranchée par le juge du fond*²⁶³ » et,

3° le requérant s'est vu « *refuser l'accès aux preuves litigieuses*²⁶⁴ ».

⇒ Elle ne se réfère même pas à l'utilisation qu'en aurait faite la défense.

Ainsi, la Cour ne se pose pas la question de savoir si la dissimulation « *était absolument nécessaire ... mais si le processus décisionnel a satisfait ... aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé*²⁶⁵ ».

In casu, la preuve dissimulée aurait pu avoir une influence sur la tournure du procès et le juge du fond, en refusant un droit d'accès à la défense, a placé cette dernière dans un net désavantage par rapport à l'accusation : « *même un motif de sécurité nationale ou d'intérêt public ne permettrait pas de dissimuler des pièces qui auraient pour effet de porter atteinte à l'équilibre des forces en présence* »²⁶⁶.

²⁵⁹ Selon la Common Law, l'accusation a l'obligation de divulgué toutes les preuves, à charge ou à décharge, à la défense. Cependant, une série de décisions (R. v. Ward, R. v. Trevor Douglas K., R. V. Davis, Johnson and Rowe, R. v. Keane, R. v. Rasheed, R. v. Winston Brown, R. v. Turner) ont mis en place un régime selon lequel, l'accusation peut proposer certains éléments de preuve à l'immunité d'intérêt public et le juge, suite à une mise en balance de l'intérêt de la justice avec l'intérêt public à la non-divulgation et une appréciation de la pertinence de ces preuves, peut décider de leur accorder cette immunité. La défense est associée à cette procédure. Concrètement, ce sont les preuves qui ne seront jamais divulguées à la défense.

²⁶⁰ C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003, §46.

²⁶¹ C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003, §46.

²⁶² C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003, §46.

²⁶³ C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003, §46.

²⁶⁴ C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003, §46.

²⁶⁵ C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000, §46.

²⁶⁶ S., MARCUS-HELMONS, « Quelques aspects de la notion d'égalité des armes – un aperçu de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridique du citoyen, colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme à Bordeaux le 29-30 septembre*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 70.

Dans cette même logique, à plusieurs reprises, elle a considéré qu'un élément, même s'il n'avait pas été utilisé par l'accusation, pouvait avoir un intérêt pour la défense et lui être communiqué. Dans l'arrêt *Bendenoun c. France*, où il s'agissait d'un recours en majoration d'impôt devant un tribunal administratif où s'était posé la question du bien-fondé de l'accusation de fraude fiscale sur laquelle se fondaient les majorations²⁶⁷, la Cour se devait de rechercher « *s'il y a eu atteinte à l'égalité des armes ou, plus généralement, aux droits de la défense quant à la détermination de la culpabilité de M. Bendenoun*²⁶⁸ ».

Elle mentionne que, quand bien même le fisc n'aurait pas invoqué certaines preuves cachées à la défense pour démontrer sa culpabilité, elle « *n'exclut pas que dans pareille situation la notion de procès équitable puisse quand même comporter l'obligation, pour le fisc, de consentir à fournir au justiciable certaines pièces, ou même l'intégralité, de son dossier*²⁶⁹ ».

Dans l'arrêt *Chambaz c. Suisse*, la Cour a aussi eu l'occasion d'indiquer qu'elle « *n'exclut pas que la notion de procès équitable puisse quand même comporter l'obligation, pour le fisc, de consentir à fournir au justiciable certaines pièces quand bien même celles-ci n'étaient pas spécifiquement invoquées par l'administration contre le requérant*²⁷⁰ ».

La pièce cachée doit concerner les faits reprochés au requérant et il ne doit pas avoir accès à son contenu d'une autre manière, notamment, si cette preuve dissimulée a ensuite été produite lors d'un débat public²⁷¹.

Il reste cependant curieux que la Cour impose au requérant d'identifier les pièces qui lui sont cachées et qu'il estime nécessaire à sa défense et d'indiquer en quoi elles s'avèrent utiles à sa celle-ci²⁷².

La Cour adopte une approche concrète du contenu de l'élément dissimulé et s'assure que cette dissimulation n'a pas rendu le procès inéquitable. Dès lors, quand bien même le législateur définit le contenu du dossier dissimulé, il n'échappe pas à tout reproche dès l'instant où un élément est, ne fut-ce que de manière hypothétique (la Cour utilise « peut-être » et le conditionnel), nécessaire au juge pour trancher une question de fond.

Ici, à nouveau, la Cour positionne l'égalité des armes par rapport au point de vue du juge.

La Cour constitutionnelle a une vision trop manichéenne lorsqu'elle estime que la procédure mise en place par le législateur fournit une garantie contre tout abus. Toutefois, elle reste limitée dans son contrôle car il s'agit d'une question factuelle. Le législateur belge est très sévère car, au travers du contrôle de régularité, il présume de manière irréfutable que rien dans le dossier confidentiel n'est de

²⁶⁷ C.E.D.H., arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, §52.

²⁶⁸ C.E.D.H., arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, §52.

²⁶⁹ C.E.D.H., arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, §52.

²⁷⁰ C.E.D.H., arrêt *Chambaz c. Suisse* du 05 avril 2012, §63.

²⁷¹ C.E.D.H., arrêt *El Mentouf c. Suisse* du 22 avril 2014, rendu à l'unanimité, §23 et 24 : par ex : versée au dossier par après, propos répéter au procès et débattue.

²⁷² C.E.D.H., arrêt *El Mentouf c. Suisse* du 22 avril 2014, rendu à l'unanimité, §24.

nature à aider la défense pour présenter ses arguments et partant, ne se pose pas la question d'une divulgation.

En outre, la Cour constitutionnelle « démystifie²⁷³ » le contenu du dossier confidentiel. D'abord, elle précise que « *l'existence d'un dossier confidentiel n'implique pas que le dossier répressif ne contienne aucune donnée relative à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche*²⁷⁴ ».

L'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation ou de l'infiltration est chargé de rédiger un procès-verbal des différentes phases de l'exécution de celles-ci. Ce procès-verbal devra faire référence à l'autorisation de mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration et contenir une série de mentions²⁷⁵. Ces mentions sont « *les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation ou l'infiltration, les motifs pour lesquels l'usage de cette méthode est indispensable à la manifestation de la vérité, le nom ou une description de la personne ou des personnes sur lesquelles porte la méthode et la période au cours de laquelle l'observation ou l'infiltration peut être exécutée*²⁷⁶ ».

Toutefois, « *l'officier de police judiciaire n'y mentionnera aucun élément de nature à compromettre les moyens techniques utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat des indicateurs et des fonctionnaires de police impliqués*²⁷⁷ ».

L'arrêt *Mooren c. Allemagne*²⁷⁸, s'il ne permet de remettre en question la procédure de contrôle, donne un bon exemple de la difficulté de contester un compte-rendu et, à nouveau, de l'intérêt d'avoir égard au contenu réel du document dissimulé afin de déterminer son importance réelle pour la défense.

La Cour estime qu'elle doit déterminer dans quelle mesure l'absence de communication du document à causer un préjudice au requérant. Après avoir dressé le contenu des pièces non-communicuées, elle constate que « *the content of the investigation files ... appears to have played a key role in the courts' decisions to prolong the applicant's pre-trial detention*²⁷⁹ ». Elle porte attention au fait que ce soit le ministère public lui-même qui ait refusé l'accès aux preuves litigieuses²⁸⁰ et constate que ce n'est qu'à l'audience que l'avocat de la défense a pu disposer d'un compte-rendu de quatre pages reprenant « *the amount of the applicant's income and the taxes he was suspected of having evaded*²⁸¹ » pour conclure « *it is virtually impossible for an accused, even if assisted by counsel,*

²⁷³ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 805.

²⁷⁴ C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007, B.9.4.3 ; C., Const., 18 juin 2009, n° 101/2009, B.9.4.3 ; C. Const., 30 septembre 2009, n° 150/2009, B.9.4.3 ; C. Const., 18 février 2009, n° 025/2009, B.9.4.3.

²⁷⁵ C.I.C., art. 47sexies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'observation) ou à l'article 47octies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'infiltration)

²⁷⁶ C. Const., 19 juillet 2007, 105/2007, B.9.4.3.

²⁷⁷ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.9.4.3.

²⁷⁸ C.E.D.H., arrêt *Mooren c. Allemagne* du 09 juillet 2009.

²⁷⁹ C.E.D.H., arrêt *Mooren c. Allemagne* du 09 juillet 2009, §93 : The files included business records seized at the applicant's home, but also witness statements made by the proprietors of firms the applicant had been working for, as well as contracts of employment and wage slips and commission statements. The content of the investigation files thus appears to have played a key role in the courts' decisions to prolong the applicant's pre-trial detention.

²⁸⁰ C.E.D.H., arrêt *Mooren c. Allemagne* du 09 juillet 2009, §94.

²⁸¹ C.E.D.H., arrêt *Mooren c. Allemagne* du 09 juillet 2009, §95.

*properly to challenge the reliability of such an account without being aware of the evidence on which it is based*²⁸² ».

iv. L'impartialité de la chambre des mises en accusation et son incidence sur l'égalité des armes.

La Cour constitutionnelle déclare « *le fait que la défense ne puisse consulter des données du dossier confidentiel dont la chambre des mises en accusation a eu connaissance ne peut faire naître un doute légitime quant à l'impartialité de cette juridiction lors du règlement de la procédure*²⁸³ ». Dès lors que le caractère équitable d'un procès doit être examiné compte tenu de l'ensemble du déroulement de la procédure et à partir du moment où la juridiction de fond ne peut consulter le dossier confidentiel, elle ne décidera pas sur base de données ignorées des parties²⁸⁴.

Il est aussi question de savoir si, lors du contrôle de la détention préventive, elle ne risque pas d'être influencée par le dossier confidentiel déjà soumis à son contrôle. Si c'était le cas, l'égalité des armes serait en danger car une partie aura été inévitablement placée dans une situation de net désavantage ne pouvant répondre aux éléments qui auraient éventuellement influencé le juge. En plus de ça, la Cour européenne se réfère à une influence possible et non certaine.

Dès lors, le contrôle par la chambre des mises en accusation ou même l'audition du juge d'instruction « *... qui instruit à charge et à décharge, veille à la légalité des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ces preuves sont recueillies*²⁸⁵ » ne sont pas, ni théoriquement, ni concrètement, de nature à compenser la restriction apportée aux droits de la défense. D'abord parce qu'ils ne remplissent pas les critères jugés essentiels par la Cour européenne et ensuite, parce que même dans l'arrêt Edwards et Lewis où, à première vue, le contrôle exercé remplit ces critères, la Cour a conclu à la violation parce que c'est le juge qui a commis une erreur d'appréciation quant à l'utilité des preuves pour la défense.

v. Considérations sur le détenu.

Lorsqu'il s'agit du droit d'accéder au dossier dans le cadre du contrôle de la légalité d'une détention, la Cour utilise l'article 5, §4 de la Convention. Elle a considéré qu' « *une procédure menée ... devant la juridiction saisie d'un recours contre une détention doit être contradictoire et garantir l'égalité des armes* » entre les parties, à savoir le procureur et la personne détenue²⁸⁶ ».

La Cour ne semble faire aucune exception quant à l'accès aux preuves et conclut constamment à la violation de l'égalité des armes « *si l'avocat se voit refuser l'accès aux pièces du*

²⁸² C.E.D.H., arrêt Mooren c. Allemagne du 09 juillet 2009, §95.

²⁸³ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.13.3.

²⁸⁴ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.13.4.

²⁸⁵ C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007 B.12.3.

²⁸⁶ C.E.D.H., arrêt Mooren c. Allemagne du 09 juillet 2009, §124 ; C.E.D.H., arrêt Schöps c. Allemagne du 18 février 2014, §44 ; C.E.D.H., arrêt Lietzow c. Allemagne du 13 février 2001, §44 ; C.E.D.H., arrêt Garcia Alva c. Allemagne du 13 février 2001, §39 ; C.E.D.H., arrêt Svipta c. Lettonie du 09 mars 2006, §129.

dossier qui revêtent une importance essentielle pour une contestation efficace de la légalité de la détention de son client²⁸⁷ ».

Elle se montre sévère puisqu'elle estime qu'une réparation en degré d'appel ne peut compenser la violation de l'article 6 : «... *in view of the fact that the person concerned is being deprived of his or her liberty, can only be effective if its, guarantees are applied speedily ... In these circumstances, the fact that the domestic authorities allowed the applicant's counsel to inspect the case files at a later stage of the proceedings could no longer remedy in an effective manner the procedural shortcomings in the earlier stages of the proceedings*²⁸⁸ ».

Section 3 : La durée d'accès.

1. Situation belge.

Lorsque l'accès est donné au suspect après qu'il ait fait valoir ses droits en vertu de l'article 21bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale, le délai dont il disposera n'est pas précisé.

Lorsque l'accès est offert à l'inculpé ou à la partie civile après une demande conformément à l'article 61ter du Code d'instruction criminelle, le dossier sera mis à sa disposition pendant quarante-huit heures au moins²⁸⁹.

Au stade du contrôle du mandat d'arrêt par la chambre du conseil, le dossier est mis à la disposition de l'inculpé et de son conseil pendant le dernier jour ouvrable avant la comparution²⁹⁰.

Au stade du contrôle du maintien en détention préventive par la chambre du conseil : si le contrôle reste mensuel, le dossier est mis pendant deux jours à la disposition de l'inculpé et de son conseil avant chaque audience²⁹¹.

Lors du contrôle de la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, l'accès au dossier répressif est mis à disposition pendant quarante-huit heures au moins²⁹².

Les usages permettent qu'en raison de sa complexité, le dossier soit mis à disposition pour une plus longue durée. Cette pratique de prolongation d'accès était d'ailleurs une pratique courante même avant la Loi Franchimont²⁹³.

²⁸⁷ C.E.D.H., arrêt Fodale c. Italie du 01 juin 2006, §41 ; C.E.D.H., arrêt Lamy c. Belgique du 30 mars 1989, §29 ; C.E.D.H., arrêt Nikolova c. Bulgarie du 25 mars 1999, §58 ; C.E.D.H., arrêt Schöps c. Allemagne du 18 février 2014, §44 ; C.E.D.H., arrêt Shishkov c. Bulgarie du 09 janvier 2003, §77 ; C.E.D.H., arrêt Svipsta c. Lettonie du 09 mars 2006, §129 ; C.E.D.H., arrêt Tinner c. Suisse du 26 avril 2011, §74.

²⁸⁸ C.E.D.H., arrêt Mooren c. Allemagne du 09 juillet 2009, §98.

²⁸⁹ C.I.C., art. 61ter, §4.

²⁹⁰ Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, art. 21, §3.

²⁹¹ Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, art. 22, §1, al. 4.

²⁹² C.I.C., art. 235, §2, al. 3.

²⁹³ P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 7 ; I., Wattier, « La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », Les dossiers de la R.P.D.C., 1998, La Charte, Bruxelles, p. 87.

2. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle s'accorde à dire que « *le principe constitutionnel d'égalité* » s'applique au droit de disposer du temps et des facilités nécessaires²⁹⁴.

En matière de contrôle de la régularité des méthodes particulières de recherche, elle déclare que « *comparé aux délais applicables lors d'autres comparutions devant les juridictions d'instruction, le délai de 48 heures, prévu à l'article 235ter, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle pour la consultation du dossier répressif par les parties, ne peut être considéré comme trop bref*²⁹⁵ ».

Elle considère également que l'impossibilité « *de lever copie du dossier pénal qui est mis à ... disposition pendant quarante-huit heures ... ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des parties, puisque l'article 127, § 2, du même Code leur permet de lever une copie du dossier lors du règlement de la procédure*²⁹⁶ ».

Il me semble opportun d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, par exemple, n'a pas fait preuve de générosité dans l'arrêt Inusop. Dans le cas d'espèce, la citation avait été lancée douze semaines avant l'audience de première fixation.

F., Kuty, précise qu'elle « *ne semble pas prendre en considération les circonstances concrètes du travail des avocats : il est impératif de prendre connaissance de l'entièreté du dossier répressif pour rechercher les éléments de preuve à décharge, les pièces critiquables de même que les contradictions éventuelles entre certaines pièces dudit dossier*²⁹⁷ ». Il précise que l'affaire, en plus de sa complexité sur le plan légal, était également complexe du fait du nombre de prévenu, du nombre de défenseur et que le dossier était d'une épaisseur rare. La Cour a ainsi complètement méprisé cette variable en considérant que la défense avait disposé du temps nécessaire à la préparation de sa défense, méprenant le fait qu'elle imposait une lecture de cinq-cents pages par jour²⁹⁸.

De plus, l'absence de texte, accolée aux usages différents des juridictions, sont susceptibles d'insécurité juridique et de discrimination entre les plaideurs. Ainsi, les plaideurs pourraient faire face à une impossibilité de consulter utilement le dossier et tenter de demander une remise de l'audience²⁹⁹ sans être certains d'en bénéficier.

3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La durée d'accès est un droit qui découle en lui-même du droit d'accéder au dossier et du droit à l'égalité des armes. « *L'égalité des armes [serait] ... vaine et illusoire si le prévenu ne pouvait*

²⁹⁴ C. Const, 06 février 2002, n° 032/2002, B.5.1.

²⁹⁵ C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007, B.14.6 ; C. Const., 11 mars 2009, n° 45/2009, B.14.6 ; C. Const., 18 février 2009, n° 025/2009, B.14.6.

²⁹⁶ C. Const., 11 mars 2009, n° 45/2009, B.17.

²⁹⁷ F., KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 363.

²⁹⁸ F., KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 363.

²⁹⁹ P., ERAUW, « La réforme de la procédure pénale à la croisée des chemins », *R.D.P.C.*, 2009, liv. 1, p. 8.

*disposer d'un délai suffisant pour organiser sa défense de manière suffisante*³⁰⁰ ». La Cour pose comme principe que l'égalité des armes est garantie par le législateur national de la manière qu'il souhaite pour autant que « *la méthode adoptée [garantisse] que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter*³⁰¹ ». Dès lors, elle ne consacre aucune durée précise et invariable d'accès au dossier et s'intéresse plutôt aux circonstances concrètes de la cause.

Elle analyse concrètement³⁰² quelle fut la durée laissée à l'avocat de la défense pour qu'il prépare la défense de son client.

Ainsi, dans l'arrêt *Twalib c. Grèce*, l'avocat du requérant était absent à l'audience. Afin d'assurer sa défense, le juge du fond a désigné un autre avocat qui défendait un co-accusé. La Cour observe qu'« *en dépit de la gravité de l'infraction dont le requérant était accusé et de la complexité de l'affaire, l'avocat n'a disposé que d'un temps très court pour compulsier le dossier et préparer la défense de l'intéressé ... Il a dès lors existé, quant à l'équité de la procédure en première instance, des carences graves qui ont pu nuire à la situation du requérant*³⁰³ ». Toutefois, la Cour n'a pas conclu à la violation de l'article 6 car ces négligences furent réparées en degré d'appel.

Dans l'arrêt *Öcalan c. Turquie*³⁰⁴, où le requérant avait disposé de 20 jours pour examiner lui-même un dossier qui comportait 17 000 pages et ses avocats avaient disposé de 2 mois pour photocopier et prendre connaissance de l'ensemble du dossier, elle conclut à la violation de l'article 6, §3 b) et c) de la Convention.

Dans l'arrêt *Beraru c. Roumanie*, elle conclut à la violation de l'article 6, §3, b) sur base de l'impossibilité de prendre copie du dossier avant l'audience et en raison du peu de temps laissé aux avocats pour accéder au dossier (le dossier de 400 pages a été mis à la disposition des avocats pendant 16 heures, étalées sur 4 jours)³⁰⁵.

Elle fixe également certains critères utiles pour déterminer le temps nécessaire à la préparation de la défense : « *le tribunal doit prendre en considération non seulement la complexité de l'affaire, mais aussi le volume de travail habituel d'un avocat, que l'on ne peut certes pas s'attendre à voir modifier tout son programme pour consacrer la totalité de son temps à une affaire d'assistance judiciaire dans laquelle il a été désigné comme avocat de la défense. En revanche, il n'est pas déraisonnable de demander à un avocat de modifier quelque peu ... l'ordre de ses priorités*³⁰⁶ ».

³⁰⁰ F., KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 364.

³⁰¹ C.E.D.H., arrêt *Brandstetter c. Autriche* du 28 août 1991, §66 et 67 ; C.E.D.H., arrêt *Öcalan c. Turquie* (n°2) du 18 mars 2014, §146.

³⁰² C.E.D.H., arrêt *Mattick c. Allemagne* du 31 mars 2005, déc. sur la recevabilité ; Comm. Eur. D. H., arrêt *Mortensen c. Danemark* du 15 mai 1996, non publiée ; *Hayward c. Suède* décision de la Commission du 6 décembre 1991, non publiée.

³⁰³ C.E.D.H., arrêt *Twalib c. Grèce* du 09 juin 1998, §40.

³⁰⁴ C.E.D.H., arrêt *Öcalan c. Turquie* (n°2) du 18 mars 2014, §145 à 148.

³⁰⁵ C.E.D.H., arrêt *Beraru c. Roumanie* du 18 mars 2014, §24 à 40 et §71.

³⁰⁶ Comm. E. D. H., Décision X. et Y. c. Autriche du 12 octobre 1978, §3c ; C.E.D.H., arrêt *Mattick c. Allemagne* du 31 mars 2005, déc. sur la recevabilité.

Section 4 : La contradiction des expertises.

1. Situation belge.

Dans le cadre de **l'information**, il n'y a aucune procédure formalisée dans le Code d'instruction criminelle. Il ne précise ni la manière de demander, ni la suite que doit y réserver le ministère public, ni même la possibilité éventuelle pour le suspect de participer à la réalisation de certains devoirs d'enquête demandés par le ministère public.

Dans le cadre de **l'instruction**, le ministère public peut faire toutes les réquisitions qu'il juge utiles au juge d'instruction³⁰⁷. « *Lorsque le juge estime qu'il n'y a pas lieu de donner suite aux réquisitions du ministère public, il lui appartient de sceller son refus dans une ordonnance dite « contraire », contre laquelle le ministère public pourra former un recours*³⁰⁸ ».

Les parties peuvent solliciter l'accomplissement d'un devoir d'instruction complémentaire par le juge d'instruction³⁰⁹. Le juge d'instruction peut refuser de donner suite à cette sollicitation s'il estime que le devoir n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité ou est, à ce moment, préjudiciable à l'instruction³¹⁰.

Le requérant et le procureur du Roi ont un droit d'appel de l'ordonnance du juge d'instruction³¹¹.

Au moment du règlement de la procédure, dans les **quinze jours (trois jours** en cas de détention préventive) qui précèdent la comparution devant la chambre du conseil, les parties peuvent demander au juge d'instruction l'accomplissement de devoirs d'instruction complémentaires³¹². L'article 127, §2 du Code d'instruction criminelle renvoie pour la procédure à l'article 61 *quinquies*. Ainsi, le juge d'instruction est toujours en mesure de refuser l'exécution de la demande s'il estime que la mesure n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité ou est, à ce moment préjudiciable à l'instruction³¹³.

M.-A., Beernaert estime, dans ce cas, que le refus ne pourrait être fondé que sur l'inutilité de la demande à la manifestation de la vérité³¹⁴.

³⁰⁷ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 765 ; C.I.C., art. 61.

³⁰⁸ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 765.

³⁰⁹ C.I.C., art. 61 *quinquies*, §1 (jusqu'à la clôture de l'instruction, dans le cadre du règlement de procédure, ce droit sera régité par l'art. 127, §3 C.I.C.)

³¹⁰ C.I.C., art. 61 *quinquies*, §3

³¹¹ C.I.C., art. 61 *quinquies*, §4 ; art. 61 *quater*, §5

³¹² C.I.C., art. 127, §3 ; M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 823 ; J., DE CODT, « Le pendule de Franchimont, à propos de l'exercice du droit d'enquête complémentaire pendant le règlement de la procédure », *R.D.P.C.*, 2000, p. 875.

³¹³ C.I.C., art. 61 *quinquies*, §3

³¹⁴ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 825 et note 85.

Après la réalisation de ces devoirs, si le parquet ne modifie pas ses réquisitions, l'instruction est considérée comme complète, l'affaire sera donc fixée en chambre du conseil³¹⁵. Il s'agit de la première phase, facultative, du règlement de la procédure³¹⁶.

À noter que ce délai de **quinze (ou trois)** jours est prévu aussi bien pour la consultation du dossier que pour la demande de devoir complémentaire.

Au-delà de ce délai, les parties ne jouissent plus du droit de demander des devoirs complémentaires³¹⁷. Une fois l'affaire fixée, elles peuvent toujours suggérer des devoirs complémentaires puisque le juge d'instruction reste compétent et que la chambre du conseil peut toujours estimer que le dossier n'est pas complet³¹⁸.

2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne a abordé la question de la contradiction de l'expertise dans divers arrêts, parmi lesquels l'arrêt Mantovanelli c. France³¹⁹.

Dans le cas d'espèce, une jeune fille fut admise au CHR de Nancy souffrant d'un panaris au pouce de la main gauche. Au cours de la même année, elle fut admise dans le même hôpital pour y subir sept autres interventions. À la suite de complications, elle décéda.

Ses parents se sont adressés aux juridictions administratives pour qu'elles déclarent le CHR de Nancy responsable du décès. À cette fin, une expertise est demandée.

La Cour dégage plusieurs enseignements dans cet arrêt :

D'abord, elle rappelle que l'article 6 vise l' « *instance devant un tribunal*³²⁰ » par conséquent il ne peut en être déduit « *un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits*³²¹ ». La règle reste donc d'offrir la possibilité aux parties de contester le rapport d'expertise à l'audience.

Cependant, la Cour admet que la contestation du rapport d'expertise à l'audience puisse ne pas garantir une « *mise en œuvre efficace du contradictoire, ledit rapport étant, à ce stade, définitif*³²² ».

C'est notamment le cas lorsque la question à laquelle l'expert est chargé de répondre se confond avec celle que le tribunal doit trancher³²³ dans la mesure où celui-ci n'est pas suffisamment compétent pour se prononcer sur « *toutes les questions techniques examinées*³²⁴ ».

³¹⁵ J., DE CODT, *op. cit.*, R.D.P.C., 2000, p. 880.

³¹⁶ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 823.

³¹⁷ M.-A., BEERNAERT, H.-D., BOSLY, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 823 ; J., DE CODT, *op. cit.*, R.D.P.C., 2000, p. 875.

³¹⁸ J., DE CODT, *op. cit.*, R.D.P.C., 2000, p. 881.

³¹⁹ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997.

³²⁰ A., FETTWEIS., « Le point sur le caractère contradictoire de l'expertise pénale », note ss. C. Cass. 19 février 2003, R.D.P.C., 2004, p. 130.

³²¹ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §33 ; C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §30.

³²² C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §31.

Par exemple, dans l'arrêt en question, l'expert devait déterminer si les circonstances d'injection d'halothane à la patiente constituaient une faute ou non. La Cour estime que cette question ressort « à un domaine technique échappant à la connaissance des juges³²⁵ ».

De la même manière, dans l'arrêt Cottin c. Belgique³²⁶, la Cour d'appel avait demandé une expertise pour déterminer si l'incapacité causée à la victime était temporaire ou permanente. La Cour européenne estima que la question posée à l'expert se confondait à celle tranchée par la Cour d'appel puisque le rapport de l'expert lui permettait de qualifier l'infraction³²⁷.

De la sorte, la Cour tient compte du poids d'une telle expertise, considérant que « bien que le tribunal administratif ne fut pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits³²⁸ ».

Dans la même idée, dans l'arrêt Laryagin contre Russie³²⁹, la Cour a rejeté la demande du requérant, et ce malgré le fait qu'il ne fut pas associé aux expertises, constatant qu'elles ne furent pas nécessaires pour établir sa condamnation car un bon nombre d'autres preuves ont été utilisées pour motiver sa condamnation : « *submissions of the applicants and co-defendants, witnesses' depositions, documentary evidence, records of investigative actions, etc*³³⁰ ... ».

Dans l'arrêt Eskelinen c. Finlande, la question soumise à l'expert était la même que celle tranchée par le tribunal, la Cour avait pris en compte le fait que les documents sur base desquels l'expert a établi son avis furent mis à la disposition des parties. De plus, la Cour n'était pas tenue légalement par l'avis de l'expert. L'avis de l'expert a été discuté oralement à l'audience et le tribunal n'a pas exclusivement fondé sa décision sur cet avis³³¹. Dès lors, l'absence d'audition de l'expert en appel n'a pas rendu la procédure inéquitable³³².

Toutefois, lorsque le rapport de l'expert peut être considéré comme « un élément de preuve essentiel³³³ », la possibilité de discuter de manière indirecte les conclusions du rapport après qu'il leur fut communiqué, ne convainc pas la Cour³³⁴ qui prône la participation de toutes les parties au processus d'élaboration du rapport d'expertise pour autant qu'aucune difficulté technique n'y fasse obstacle³³⁵, il y en va là de la confiance du justiciable qui « se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer utilement sur tout élément déterminant de l'affaire³³⁶ ». Elle tient compte

³²³ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §36.

³²⁴ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §31.

³²⁵ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §36 ; C.E.D.H., arrêt Eskelinen et autres c. Finlande du 08 août 2006, §33 ; GB c. France, 16 octobre 2001 §69 ; C.E.D.H., arrêt Bonisch c. Autriche du 06 mai 1985, §33.

³²⁶ C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005.

³²⁷ C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §31.

³²⁸ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §36 ; C.E.D.H., arrêt Eskelinen et autres c. Finlande du 08 août 2006, §33-34.

³²⁹ C.E.D.H., arrêt Laryagin c. Russie du 08 janvier 2009.

³³⁰ C.E.D.H., arrêt Laryagin c. Russie du 08 janvier 2009, §45.

³³¹ C.E.D.H., arrêt Laryagin c. Russie du 08 janvier 2009, §29 et 34.

³³² C.E.D.H., arrêt Eskelinen et autres c. Finlande du 08 août 2006, §35.

³³³ C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §32.

³³⁴ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §36 ; C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §31 et 32.

³³⁵ C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, §36 ; C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §32.

³³⁶ C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, §33 ; C.E.D.H., arrêt F.R. c. Suisse du 28 juin 2001, rendu à l'unanimité, §39 ; C.E.D.H., arrêt Pellegrini c. Italie du 20 juillet 2001, §45.

également du comportement du requérant puisqu'elle précise qu'il doit expliquer en quoi l'expertise fut importante pour trancher le cas d'espèce³³⁷.

Il faut noter que la procédure diligentée dans l'arrêt Mantovanelli était une procédure administrative, cependant, au regard de la motivation tout à fait générale de l'arrêt « *il ne paraît pas douteux que les principes qui s'en dégagent s'imposent également en matière pénale*³³⁸ ».

3. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Au contraire de la Cour européenne, la Cour constitutionnelle fait la différence entre les expertises réalisées pendant l'instruction/l'information et celles qui ont été demandées par le juge du fond.

Dans l'arrêt 24/1997 du 30 avril 1997³³⁹, la Cour s'interrogeait sur l'existence d'une éventuelle discrimination entre les parties à un procès devant les juridictions pénales et les parties à un procès devant les juridictions civiles car seules ces dernières bénéficiaient du caractère obligatoirement contradictoire de l'expertise³⁴⁰. Elle était interrogée ici uniquement « *quant au caractère non contradictoire de l'expertise lorsque c'est un juge pénal en sa qualité de juge du fond qui désigne un expert*³⁴¹ ».

La Cour a estimé que la différence de traitement reposait sur un critère objectif qui n'était pas raisonnablement justifié puisque les intérêts d'une partie civile à l'instance pénale ne se distinguent pas « *de ceux de toute partie à un procès civil et l'objet de l'expertise [peut] être identique*³⁴² ».

Elle conclut « *interprétées en ce sens qu'elles n'obligeraient pas l'expert désigné par le juge du fond en matière pénale à respecter les règles de la contradiction, les dispositions mentionnées dans la question préjudicielle violent les articles 10 et 11 de la Constitution*³⁴³ ». Ainsi, « *toutes les expertises ordonnées par des juges pénaux en qualité de juges du fond, doivent se dérouler contradictoirement*³⁴⁴ ».

Dans l'arrêt n°74/1998 du 24 juin 1998, la Cour avait à traiter de l'expertise ordonnée au cours de la phase d'enquête.

Elle ne fait pas de distinction entre l'expert désigné par le juge d'instruction ou le ministère public³⁴⁵. La plupart du temps, l'« expert » est désigné dans le cadre de l'information et n'est que le « conseiller technique d'une des parties³⁴⁶ », il n'est donc pas un expert judiciaire au sens strict du

³³⁷ C.E.D.H., arrêt Laryagin c. Russie du 08 janvier 2009, §44.

³³⁸ A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 130.

³³⁹ A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 132 et 133.

³⁴⁰ C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997, B.3.

³⁴¹ C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997, B.5.

³⁴² C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997, B.4.

³⁴³ C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997, B.7.

³⁴⁴ A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 133.

³⁴⁵ A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 133, note 10.

³⁴⁶ A., JACOBS, « L'arrêt Cottin c. Belgique ou l'irrésistible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale », note ss. C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, *R.T.D.H.*, 2007, p. 222, note 16.

terme³⁴⁷ et n'a donc pas vocation à se voir appliquer la contradiction, même si rien ne s'oppose à ce que « *l'expertise ordonnée par le ministère public ne puisse, de lege lata, être rendue par celui-ci ... en tout ou en partie contradictoire*³⁴⁸ ».

Dans son arrêt, elle considère que la différence de traitement repose sur un critère objectif représenté par la phase dans laquelle se déroule l'expertise³⁴⁹. En raison du caractère inquisitoire de la phase préliminaire, la non-contradiction de l'expertise est considérée comme raisonnablement justifiée pour atteindre l'objectif du législateur³⁵⁰.

Toutefois, la Cour précise que rien n'interdit que l'expertise soit rendue contradictoire et « *d'autre part, aucun texte ne lie l'appréciation du juge du fond aux constatations ou aux conclusions d'une expertise, et cette appréciation peut tenir compte du caractère contradictoire ou non de celle-ci*³⁵¹ ». Elle réaffirme son raisonnement dans l'arrêt 01/1999 du 13 janvier 1999 à ceci près qu'elle estime, au point B.6, que le juge « *peut devoir tenir compte du caractère contradictoire*³⁵² » de l'expertise.

4. Comparaison des jurisprudences.

Les Cours se rejoignent sur un point : toutes les expertises ne doivent pas être inconditionnellement contradictoires³⁵³.

La jurisprudence de Strasbourg n'encercle pas son application d'une condition de temps, elle précise, sous réserve des nuances évoquées plus haut, que l'expertise doit être contradictoire dès l'instant où la question posée à l'expert se confond avec une question tranchée par le juge du fond. Ainsi, elle complète et élargit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle puisqu'elle permettrait d'imposer la contradiction d'une expertise aussi bien durant la phase de jugement qu'au cours de la phase préliminaire³⁵⁴.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est bien plus large que celle des juges de Strasbourg en matière d'expertise ordonnée par le juge du fond puisque toutes ces expertises doivent être établies de manière contradictoire.

Une lecture *in abstracto* de la jurisprudence de Strasbourg ne permet pas de rejoindre la même conclusion sauf à considérer que l'expertise est nécessairement « *un élément déterminant dans l'affaire, sans quoi le magistrat n'aurait pas sollicité l'expertise*³⁵⁵ ». Dans le même ordre d'idée,

³⁴⁷ F., DISCEPOLI, « La contradiction est-elle soluble dans l'expertise pénale », *in les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 221.

³⁴⁸ A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 133.

³⁴⁹ C. Const., 24 juin 1998, n° 074/1998, B.4.

³⁵⁰ C. Const., 24 juin 1998, n° 074/1998, B.5.

³⁵¹ C. Const., 24 juin 1998, n° 074/1998, B.6.

³⁵² C. Const., 13 janvier 1999, n° 001/1999, B.6. ; A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 133.

³⁵³ F., DISCEPOLI, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 225 et 227.

³⁵⁴ F., DISCEPOLI, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 228.

³⁵⁵ F., DISCEPOLI, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 228.

Ann Jacobs estime que « *cette distinction s'avère artificielle puisque l'expertise donnera toujours, en principe, un éclairage plus ou moins déterminant au juge sur la question à trancher*³⁵⁶ ».

La jurisprudence de la Cour européenne impliquerait que le ministère public, le juge d'instruction ou la juridiction d'instruction se questionnent sur le fait de savoir si la question posée à l'expert sera identique à celle tranchée par le juge sans même avoir les résultats de l'expertise, ni même avoir un dossier particulièrement avancé ou encore, sans même avoir questionné la partie adverse.

Je me permets de préciser également que la Cour constitutionnelle s'est prononcée à chaque fois en matière de différence de traitement, en procédant à une comparaison entre une procédure pénale, dans laquelle des intérêts civils sont en jeu, et une procédure civile³⁵⁷. Certains se sont interrogés sur la validité du développement lorsque le prévenu/l'accusé fait face au ministère public uniquement³⁵⁸. Toutefois, je prends le parti de croire que le raisonnement serait identique si la Cour avait fait face à cette hypothèse, considérant que lorsque la Cour constitutionnelle souhaite limiter la portée de son arrêt, elle s'empresse de le préciser³⁵⁹.

5. L'expertise, l'arbre qui cache la forêt ?

Il faut noter que la Cour constitutionnelle adresse un message particulièrement fort à la fin des arrêts rendus en matière d'expertise au stade préliminaire de la procédure, elle encourage définitivement à rendre les expertises toujours plus contradictoires³⁶⁰.

P., Martens précise que, suite à cette jurisprudence, « *plusieurs parquets généraux ont donné instruction aux procureurs du Roi de libeller les missions de manière telle que l'expert entende les parties, reçoive leurs observations, leur communique ses préliminaires et acte leurs observations*³⁶¹ ».

En effet, je ne vois pas pourquoi il faudrait refuser d'associer la défense aux expertises, quand bien même l'information ou l'instruction seraient en germe :

Premièrement, la défense n'aura probablement pas les moyens de prendre en charge une expertise, alors que le ministère public n'a pas à s'inquiéter avec de telles considérations.

³⁵⁶ A., JACOBS, « L'arrêt Cottin c. Belgique ou l'irrésistible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale », note ss. C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, *R.T.D.H.*, 2007, p. 224.

³⁵⁷ V., PIRE, « Vers la consécration légale du principe du caractère contradictoire de l'expertise à tous les stades de la procédure pénale », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 126 ; ressort également de la distinction faite dans la table des matières de A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004.

³⁵⁸ A., MASSET, obs. ss. C.A., 30 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 794. Les mêmes tendances sont constatées avec les arrêts de la C.E.D.H. : voir S., CUYKENS, « La contradiction de l'expertise pénale en matière de responsabilité médicale », in *Actualité de droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 62.

³⁵⁹ P., MARTENS, « L'expertise en matière pénale », in *tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Gent, Mys & Breesch, 2000, p. 107.

³⁶⁰ A., SADZOT, « Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale : derniers rebondissements », *J.L.M.B.*, 1998, p. 1294.

³⁶¹ P., MARTENS, *op. cit.*, in *tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Gent, Mys & Breesch, 2000, p. 107.

Deuxièmement, je perçois mal la raison pour laquelle le ministère public aurait une priorité temporelle puisque la Cour constitutionnelle précise que « *l'ancienneté des faits, la disparition d'indices matériels, l'impossibilité de faire procéder à des devoirs qui ne peuvent s'accomplir que dans un temps proche des faits litigieux ... réduisent les chances de pouvoir contester utilement les conclusions d'une expertise à laquelle on n'a pas pu participer*³⁶² ».

Troisièmement, le juge dispose du droit de refuser une expertise qui lui serait proposée à l'audience : « *à supposer que celui qui critique une expertise obtienne du juge qu'il en ordonne une nouvelle, celle-ci ne sera pas obligatoirement contradictoire et ne permettra donc pas dans tous les cas la confrontation des points de vue*³⁶³ ». À nouveau, il n'y a pas de « droit » mais de simples courtoisies qui varieront en fonction du juge.

La doctrine reconnaît l'importance de l'expert : « *plus généralement, on ne peut plus se voiler la face : les experts d'aujourd'hui risquent souvent, de fait, de jouer le rôle de « doublure » du juge, du moins quant à la question précise qui leur est posée. Les problèmes actuellement soumis aux cours et tribunaux sont tellement complexes qu'il est illusoire de penser que la décision revient entièrement aux magistrats et que les expertises ne constituent qu'un moyen de preuve, ... , parmi d'autres*³⁶⁴ ». Ce rôle tellement primordial conduit Ann Jacobs a précisé que « *si l'expertise participe donc à ce point à la décision judiciaire, on voit mal comment les règles essentielles du processus judiciaire ne lui seraient pas applicables*³⁶⁵ ».

Ainsi, si la Cour estime que l'article 6 de la Convention de sauvegarde peut s'appliquer à la phase d'enquête et affirme que le rapport d'expertise peut influencer de manière considérable le point de vue du juge, il est nécessaire que l'expert soit en mesure de confronter le point de vue du ministère public avec celui de la défense afin qu'une fois son rapport établi, celui-ci respecte entièrement le principe de l'égalité des armes qui est d'application dans la phase de jugement ?

Partant, le rapport doit se plier à l'égalité des armes dès son élaboration, à moins qu'une contradiction tardive n'ait pas d'effets néfastes sur les droits de la défense, afin de ne placer aucune des parties dans une situation désavantageuse.

Certes, une expertise contradictoire « *risque de prendre plus de temps [mais] elle ne peut être que plus efficace en intégrant ... toutes les données et observations utiles et en évitant les compléments d'expertise ou les nouvelles expertises par un collègue d'experts*³⁶⁶ ».

De plus, la contradiction de l'expertise n'a pas comme unique vocation de garantir l'égalité des armes, elle a bien d'autres vertus non-négligeables, parmi lesquelles, « *exercer plus efficacement [les] droits de défense, [permettre] à l'expert d'être mieux éclairé sur les données de l'affaire et au juge*

³⁶² C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997, B.7.

³⁶³ C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997, B.7.

³⁶⁴ A., JACOBS, « Plaidoyer pour une expertise entièrement contradictoire en matière pénale », obs. ss. Trib. Corr. Tournai du 30 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 42.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 42.

³⁶⁶ A., JACOBS, *op. cit.*, *R.T.D.H.*, 2007, p. 225.

d'éviter d'être confronté à des arguments techniques non soumis à l'expert et, dans un grand nombre de cas, d'être obligé d'ordonner des devoirs complémentaires³⁶⁷ ».

Et ces développements sur l'expertise ne sont que la partie émergée de l'iceberg. Potentiellement, l'ensemble des devoirs d'enquête a vocation à influencer le juge d'une manière plus ou moins considérable.

Sans compter que la contradiction était censée devenir le principe, si la mise en œuvre du projet du « Grand Franchimont » eut été plus fructueuse³⁶⁸.

Le comble étant que, lors des débats sur l'adoption de la loi du 12 mars 1998 (précitée), les parlementaires ont souligné eux-mêmes le lien « *entre le droit à la communication du dossier et la possibilité de demander des actes d'instruction complémentaires ... L'inculpé et la partie civile ne peuvent demander efficacement des actes d'instruction complémentaires que dans la mesure où ils ont connaissance de l'état de l'instruction et des preuves qui sont déjà rassemblées³⁶⁹ ».*

Dès lors, une conclusion peut être tirée :

- Il faudra assurer la contradiction de l'expertise dès l'instant où elle est ordonnée par le juge du fond (jurisprudence de la Cour constitutionnelle).
- Il faudra assurer la contradiction de l'expertise qui est demandée pendant la phase préliminaire si la question posée à l'expert se confond avec celle qui sera posée au juge du fond (jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme).
- Dans la mesure du possible, il serait recommandable d'assurer la contradiction de l'expertise dès le moment où elle est de nature à influencer le point de vue du juge peu importe que l'élément soit en faveur ou non du prévenu/de l'accusé (jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relative à l'égalité des armes).
- Plus généralement, il serait recommandable d'assurer la contradiction de tout devoir d'instruction ou d'information dans la mesure où chacun d'entre eux sera de nature à influencer le point de vue du juge. La Cour reconnaît expressément cette influence : « *toutefois, dans la mesure où les actes accomplis par le juge d'instruction influent directement et inéluctablement sur la conduite et, dès lors, sur l'équité de la procédure ultérieure³⁷⁰ »* (jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relative à l'égalité des armes, interprétée de façon élargie).

³⁶⁷ A., FETTWEIS., *op. cit.*, note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 140 et 141.

³⁶⁸ Code de procédure pénale, art. 98, voté le 1^{er} décembre 2005 par le sénat (*Doc. Parl.*, sénat, 2005-2006, n°3450/21) ; F., DISCEPOLI, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 229.

³⁶⁹ Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n°857/1, p. 47.

³⁷⁰ C.E.D.H., arrêt Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne du 6 janvier 2010, §111.

Toutefois, si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à l'expertise semble plus ou moins en place, celle de la Cour européenne des droits l'homme reste très aléatoire. En effet, son critère d'application laisse une marge d'appréciation très large et son non-respect ne peut être réparé que tardivement.

De surcroît, la contradiction « effective » et « efficace » des quatre propositions précédentes ne peut être assurée que par un accès effectif au dossier de procédure car « *solliciter l'accomplissement d'un devoir d'instruction complémentaire n'a souvent de signification qu'après une prise de connaissance des éléments recueillis dans l'enquête*³⁷¹ ». Cet accès permettra d'inviter la partie adverse à participer réellement à l'élaboration de l'expertise et lui offrir une chance réelle de « *présenter ses arguments*³⁷², *ses preuves*³⁷³ *dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». Et cela, qu'il s'agisse d'une information ou d'une instruction ou encore que le prévenu, l'accusé ou la partie civile fassent face à un juge d'instruction ou au ministère public.

Il n'y a donc pas de différence basée sur le statut de l'enquêteur mais à nouveau un intérêt pour l'influence.

C'est là que le bât blesse. L'octroi de droits supplémentaires aux parties pendant l'enquête se fait avec parcimonie. S'il me paraît nécessaire d'offrir un droit d'accès au dossier du fait que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs*³⁷⁴ », la Cour constitutionnelle jette une ombre au tableau en estimant que l'accès au dossier répressif de la personne assistée par l'avocat avant le premier interrogatoire de celle-ci ne paraît pas indispensable pour lui permettre d'assumer sa mission de manière satisfaisante au regard des objectifs rappelés par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁵ dans l'arrêt Dayanan c. Turquie.

L'accès au dossier n'est, à son sens et à ce stade, pas nécessaire à « *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*³⁷⁶ ».

La Cour européenne n'a pas la même vision des choses puisque dans l'arrêt Sapan c. Turquie, elle conclut à la violation de l'article 6 constatant que le requérant n'avait pas pu être assisté d'un avocat lors des interrogatoires de police et que ce dernier « *had not been allowed to examine the*

³⁷¹ O., KLEES, D., VANDERMEERSCH, *op. cit.*, J.T., 1998, p. 432.

³⁷² C.E.D.H., arrêt Platakou c. Grèce du 11 janvier 2001, rendu à l'unanimité, §47 ; C.E.D.H., arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993, §33 ; C.E.D.H., arrêt Buchberger c. Autriche du 20 décembre 2001, rendu à l'unanimité, §50 ; C.E.D.H., arrêt Ernst et autres c. Belgique du 15 juillet 2003, §60 ; C.E.D.H., arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, §53.

³⁷³ C.E.D.H., arrêt G.B. c. France du 2 octobre 2001, § 58 ; C.E.D.H., arrêt F.R. c. Suisse du 28 juin 2001, rendu à l'unanimité, § 34.

³⁷⁴ C.E.D.H., arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008, §51 ; Berthe, p. 129. ;

³⁷⁵ C. Const., 14 février 2013, n° 007/2013, B.36.1.

³⁷⁶ C.E.D.H., arrêt Dayanan c. Turquie du 13 octobre 2009, § 32 ; C.E.D.H., arrêt Hovanesion c. Bulgarie du 21 décembre 2010, § 34.

*investigation file at that point (...) which would seriously hamper her ability to provide any sort of meaningful legal advice to the applicant*³⁷⁷ ».

De là à imposer à une contradiction d'autres devoirs d'enquête avec un droit d'accès préalablement à leur réalisation, il y a là un pas qui n'est absolument pas franchi.

³⁷⁷ C.E.D.H., arrêt Sapan c. Turquie du 08 juin 2010, §21.

CONCLUSION :

Le manque de clarté et de systématisation des règles qui régissent la phase préparatoire du procès a toujours été dénoncé³⁷⁸, il est étonnant de constater qu'au jour d'aujourd'hui, le changement ne se profile que de manière extrêmement modérée. En réalité, même le pire des crimes, s'il mérite d'être puni, doit être puni avec justesse à la suite d'une procédure exempte de toute critique. La défense est là pour assurer que la justice remplisse cette vertu. La défense, c'est aussi la défense des garanties procédurales qui sont les points cardinaux du procès pénal.

Cependant, plusieurs facteurs tendent à réduire leur importance : la nécessité de se fixer des objectifs chiffrés³⁷⁹, le fait que la justice soit un instrument de communication³⁸⁰ en raison de son lien avec l'État dont elle dépend « *pour l'organisation de son service et de son fonctionnement*³⁸¹ » et de l'émoi qu'elle soulève dans la population³⁸² mais aussi en raison des contraintes budgétaires.

En deux mots : les droits de la défense coûtent chers et prennent du temps.

Ainsi, les garanties et droits sont accordés, *quand ils le sont*, mais pas d'une manière toujours très étendue et claire, à l'image notamment de la définition large de la possibilité de refus d'accès au dossier ou encore de la procédure mise en place pendant l'information, ce qui réduit fortement leur effectivité.

Toutefois, la Cour européenne s'intéresse de plus en plus à l'influence de l'enquête sur le procès, constatant la difficulté de remettre en cause les éléments qui y sont récoltés. Il s'agit d'une réelle lueur d'espoir car elle ne fait pas preuve de parcimonie et ne procède à aucune limitation frustrante qui ne donnerait qu'une portée extrêmement limitée à l'affirmation cinglante selon laquelle l'article 6 de la Convention de sauvegarde s'applique à la phase préliminaire.

Pour moi, il y a une ouverture qui s'agrandira probablement au fil des arrêts et il ne serait pas étonnant de voir que l'égalité des armes et la contradiction se renforcent au niveau de la phase préliminaire grâce, notamment, à un accès plus large au dossier de procédure mais également, à l'image de l'expertise, en prenant en compte l'importance du devoir réalisé pour imposer la participation de la défense et de la partie civile. L'enquête deviendrait ainsi plus équilibrée et l'assistance de l'avocat permettrait de contrer le pouvoir immense des enquêteurs.

Son « *rôle de contre-pouvoir*³⁸³ » a toujours fait l'unanimité. La Cour européenne déclare que la vulnérabilité du suspect « *peut être compensée de manière adéquate ... par l'assistance d'un*

³⁷⁸ I., WATTIER, « La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *Les dossiers de la R.P.D.C.*, 1998, La Chartre, Bruxelles, p. 32.

³⁷⁹ S., GABORIAU, « Il faut croire en la Justice car la Justice n'existe pas ; c'est en y croyant qu'elle se fera » in *Justice et politique, je t'aime moi non plus*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 75.

³⁸⁰ E., DELRUELLE, « Crise de la justice ou crise de l'état », in *justice et politique*, in *Justice et politique, je t'aime moi non plus*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 43.

³⁸¹ S., GABORIAU, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 75.

³⁸² *Ibid.*, p. 44.

³⁸³ COURRÉGÉ, CH., *Le dossier noir de l'instruction*, Paris, Odile Jacob, 2006, p. 102.

avocat...³⁸⁴ ». Les textes et la jurisprudence européens y voient « *un garant fondamental d'un procès équitable*³⁸⁵ ».

Cependant, la mise en œuvre de la loi du 13 août 2011³⁸⁶ jette une ombre de pessimisme. Celle-ci transpose en droit belge la jurisprudence de l'arrêt *Salduz c. Turquie*³⁸⁷ *a minima*³⁸⁸ en restreignant tant l'accès à un avocat que l'étendue de son intervention.

Dès lors, il est fort à craindre que l'avocat ne sera pas le bienvenu en dehors du prétoire et ce pour quelques années encore.

C'est perdre de vue l'intérêt de son intervention anticipée. Intervention qui permettrait de présenter au juge un dossier complet qui comprend tous les éléments nécessaires aux intervenants pour qu'ils puissent présenter une thèse complète au juge du fond, mais également, d'en finir avec la méfiance à laquelle il fait face.

En effet, l'avocat est trop souvent perçu comme nuisible à l'enquête³⁸⁹ et sa position, ainsi que les droits qui en découlent, contraste avec la position avantageuse du parquet. Pourtant, la mise en œuvre de la loi « *Salduz* » a démontré que la présence de l'avocat s'est avérée positive et a permis notamment « *d'obtenir dans un délai plus court des déclarations plus conformes à la vérité et d'éviter ainsi de multiples investigations ou devoirs ultérieurs*³⁹⁰ ».

C'est pourquoi je suis convaincue que magistrats du parquet (ou juges d'instruction) et avocats devraient pouvoir s'associer dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice car je crois profondément que l'intérêt de la société ne gît pas uniquement dans la répression pure et dure mais dans une répression juste et comprise.

Néanmoins, en l'absence d'une ligne de conduite bien définie, par là j'entends, sans réforme « *complétée* » de la phase préliminaire du procès pénale, les « *droits* » des justiciables varieront en fonction des us et coutumes des différentes juridictions. De la sorte, une discrimination pourrait voir le jour entre les justiciables. La procédure pénale doit être légale, sinon la liberté individuelle est en danger³⁹¹.

³⁸⁴ C.E.D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, § 54 ; C.E.D.H., arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, §100 ; C.E.D.H., arrêt *Kolu c. Turquie* du 02 août 2005, §51.

³⁸⁵ S., BERBUTO, E., BERTHE, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec *Salduz* ! », in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, p. 128.

³⁸⁶ Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, publiée au Moniteur belge du 05 septembre 2011, p. 56347.

³⁸⁷ C.E.D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008.

³⁸⁸ S., BERBUTO, E., BERTHE, *op. cit.*, in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, p. 128.

³⁸⁹ S., BERBUTO, E., BERTHE, *op. cit.*, in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, p. 123 ; CH., MARCHAND, « le point de vue de l'avocat : libres propos et petites (a)larmes » in *Les méthodes particulières de recherche : bilan et critiques des lois du 06 janvier 2003 et du 27 janvier 2005*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 135 et 136.

³⁹⁰ D., VANDERMEERSCH, O., NEDERLENT, « Deux ans après la loi *Salduz*, inventaire critique de la jurisprudence et des pratiques » in *Les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 207 ; Conseil supérieur de la justice, *Avis d'urgence portant sur l'assistance de l'avocat au cours de l'interrogatoire par le juge d'instruction*, 25 novembre 2010, p. 7.

³⁹¹ CORNIL, L., « De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu ». *Mercuriale* prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1931, *R.D.P.C.*, 1990, p. 813 – 814.

BIBLIOGRAPHIE :

Doctrine :

1. Publications dans une revue :

BANNEUX, N., « Le caractère contradictoire de certains actes d'instruction essai de synthèse », *J.T.*, pp. 65 - 70.

BEENAERT, M.-A., « La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée : un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006, pp.193 - 196.

BEENAERT, M.-A., « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *R.D.P.C.*, 2009, p. 977.

BEERNAERT, M.-A., CHARRIÈRE BOURNAZEL, CH., JEANNERET, Y., « Les suites de l'arrêt Salduz en droit belge, français et suisse », *R.T.D.H.*, n°23, 2012, Tome I, pp. 214 - 269.

CHARLES, R., « Du ministère public », Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 1982, *J.T.*, 1982, p. 553.

CORNIL, L., « De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu ». Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1931, *R.D.P.C.*, 1990, p. 813.

DE CODT, J., « Le pendule de Franchimont, à propos de l'exercice du droit d'enquête complémentaire pendant le règlement de la procédure », *R.D.P.C.*, 2000, pp. 873 – 882.

DEJEMEPPE, B., « Le ministère public aujourd'hui ou la tentation de la météorologie », *Act. Dr.*, 1993, pp. 542-555.

DE LE COURT, P., DHAEYER, P., « Le ministère public à sa place », *J.T.*, 2004, p. 531.

DUMON, F., CHARLES, R., KRINGS, E., « Le procureur général et les avocats généraux, arrêt du 20 février 1996, en cause Vermeulen contre la Belgique, de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.I.D.C.*, 1996, pp. 235 - 248.

FETTWEIS., A., « Le point sur le caractère contradictoire de l'expertise pénale », note ss. C. Cass. 19 février 2003, *R.D.P.C.*, 2004, pp. 129 – 142.

FRANCHIMONT, M., « Le ministère public, le rôle et le statut », *Juger*, 11/12/13, 1997, pp. 49 – 51.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.-J., DELANGE, R., DUMON, F., CHARLES, R., « A propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1990, p. 424.

HAYOIT DE TERMICOURT, R., discours prononcé à l'audience de rentrée de la cour d'appel de Bruxelles le 15 septembre 1935, " Propos sur le ministère public ", *R.D.P.C.*, 1936, p. 971.

JACOBS, A., « Plaidoyer pour une expertise entièrement contradictoire en matière pénale », obs. ss. Trib. Corr. Tournai du 30 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 38 - 43.

JACOBS, A., « Les expertises en procédures pénales : un pas de plus vers la contradiction », obs. ss. C. cass. du 08 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 631 – 640.

JACOBS, A., « L'arrêt Cottin c. Belgique ou l'irrésistible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale », note ss. C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005, *R.T.D.H.*, 2007, pp. 215 – 228.

KLEES, O., « Plus de sobriété pour plus de crédit », *Juger*, 11/12/13, 1997, pp. 8 - 10.

KLEES, O., VANDERMEERSCH, D., « La réforme « Franchimont » - Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, pp. 417 – 447.

KONING, F., Obs. ss. Cass., 19 décembre 2012, *J.T.*, 2013, pp. 701 - 703.

KUTY, F., « Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2001 », *J.L.M.B.*, 2002, pp. 576 - 613.

KUTY, F., « Le devoir du ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de son honneur et l'assise de sa légitimité », obs. ss. Cass., 19 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp.1456 à 1470.

KUTY, F., « Chronique de jurisprudence, le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoises en 2013 (première partie) », *J.L.M.B.*, 2014, pp. 373 – 532.

MAGNÉE, X., « La place du ministère public à l'audience pénale », *J.T.*, 1998, pp.177 - 182.

MARTENS, P., « La tyrannie de l'apparence », obs. ss. C.E.D.H. arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, *R.T.D.H.*, 1996, p. 640.

MARTENS, P., « Qu'attend la démocratie d'un ministère public ? », *Juger*, 11/12/13, 1997, pp. 29 – 33.

MASSET, A., obs. ss. C.A., 30.avril.1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 794.

MASSET, A., « Les méthodes particulières de recherche : chasse gardée pour le gardien », note ss C. Cass. du 3 mars 2009, *R.P.D.C.*, 2009, pp.1044 - 1050.

MATRAY, CH., « Ministère public : ambiguïtés statutaires, erreurs de menuiserie, promiscuités politiques », obs. ss. CEDH Dirioz, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1319 - 1330.

POLLET, P., « Les messes basses à l'audience », *J.T.*, 1950, p. 214.

SADZOT, A., « Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale : derniers rebondissements », *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1288 – 1294.

SPIELMANN, D., « Chronique de jurisprudence, Cour européenne des droits de l'homme, principes de l'égalité des armes et du caractère contradictoire de la procédure (1970-1999) », *Ann. Dr. lux.*, 1999, pp. 289 – 332.

TULKENS, F., « Le ministère public : des questions névralgiques », *Juger*, 11/12/13, 1997, pp. 75 – 80.

VERDUSSEN, M., « Le statut constitutionnel du ministère public », *Juger*, 11/12/13, 1997, pp. 10-17.

VERLINDEN, J., « De toepassing van artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van zaken buiten het stadium van het vonnisgerecht », *Panop.*, 1989, p. 15.

TRAEST, PH., VERSTRAETEN, R., « Het recht van verdediging in de onderzoekfase », *Nullum crimen*, 2008, pp. 85 - 106.

2. Contribution dans un ouvrage collectif :

BERBUTO, S., BERTHE, E., « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz ! », in *Actualités de droit pénal*, CUP, n° 128, pp. 121 - 155.

BOSLY, H.-D., « L'égalité des armes dans la phase préparatoire du procès pénal », in *Liber amicorum du Professeur E., KRINGS*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 445.

CHICHOYAN, D., « Autres actualités législatives », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, vol. 1, CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 427.

CUYKENS, S., « La contradiction de l'expertise pénale en matière de responsabilité médicale », in *Actualité de droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 59 – 94.

DELUELLE, E., « Crise de la justice ou crise de l'état », in *Justice et politique, je t'aime moi non plus*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 42.

DE RUE, M., DE VALKENEER, CH., « les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : analyse des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et de leurs arrêtés d'application », in *les dossiers du J.T.*, n°44, Larcier, 2004, p. 163.

DILLENBOURG, D., « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : état de la question et enjeux », in *Actualités de droit pénal*, CUP, Vol. 128, Liège, Anthemis, 2011, pp. 9 – 43.

DISCEPOLI, F., « La contradiction est-elle soluble dans l'expertise pénale », in *les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 220 - 236.

GABORIAU, S., « Il faut croire en la Justice car la Justice n'existe pas ; c'est en y croyant qu'elle se fera » in *Justice et politique, je t'aime moi non plus*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 75.

GUILLAIN, CH., VANDERMEERSCH, D., « les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in *les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 377 - 427.

MARCHAND, CH., « le point de vue de l'avocat : libres propos et petites (a)larmes » in *Les méthodes particulières de recherche : bilan et critiques des lois du 06 janvier 2003 et du 27 janvier 2005*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 135 – 138.

MARCUS-HELMONS, S., « Quelques aspects de la notion d'égalité des armes – un aperçu de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridique du citoyen, colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme à Bordeaux le 29-30 septembre*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 70.

MARTENS, P., « L'expertise en matière pénale », in *tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Gent, Mys & Breesch, 2000, pp. 101 – 114.

MATRAY, CH., « Les travaux du Conseil supérieur de la Justice », in *Vers une nouvelle déontologie : colloque du 30 mai 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 31 – 56.

PERRIN, F., « Du ministère public », in *Les pouvoirs du judiciaire*, Bruxelles, éd. Labor, 1988, p. 94.

PIRE, V., « Vers la consécration légale du principe du caractère contradictoire de l'expertise à tous les stades de la procédure pénale », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 117 – 128.

VANDERMEERSCH, D., « Les enjeux des lois relatives aux méthodes particulières de recherche au regard de l'évolution des relations entre les acteurs policiers et judiciaire », in *Les méthodes*

particulières de recherche : bilan et critiques des lois du 06 janvier 2003 et du 27 janvier 2005, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 41 – 54.

VANDERMEERSCH, D., « Conclusions - les droits de la défense : un enjeu fondamental », in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal, à la lumière de la réforme Salduz*, Collection du Jeune barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2012, pp. 203 - 216.

VANDERMEERSCH, D., NEDERLENT, O., « Deux ans après la loi Salduz, inventaire critique de la jurisprudence et des pratiques » in *Les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 205.

VAN DROOGHENBROECK, S., « La Convention européenne des droits de l'homme – trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004 », in *les dossiers du J.T.*, vol. 1, n°57, p. 155, n° 245.

3. Ouvrages généraux :

BOSLY [E.A], H.-D., *La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 1998.

BOSLY, H.-D., [SS. LA DIR. DE], *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie : le centenaire de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruges, La Charte, 2007.

BOSLY, H.-D., VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, La Charte, 2014.

COURRÉGÉ, CH., *Le dossier noir de l'instruction*, Paris, Odile Jacob, 2006.

DE VALKENEER, CH., *Manuel de l'enquête pénale*, 4^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 2011.

FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012.

JACOBS, A., « l'expertise au cours de la procédure pénale, quelle contradiction ? », CUP, U.I.g., Le point sur les procédures (1^{ère} partie), mars 2000, vol. 38.

KUTY, F., *Justice pénale et procès équitable*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006.

MINCKE, CH., *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public : quand l'arbre cache la forêt*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2002.

SUDRE, F., PINGEL, I., *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

VERDUSSEN, M., [E. A.], *Constitution lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004.

RIBEYRE, C., *La communication du dossier pénal*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

4. Autres :

Le Ministère public à sa place : réaction de l'OB.F.G, *J.T.*, 2005, p. 313.

Statistiques du SPF justice pour l'année 2013, http://justice.belgium.be/fr/information/statistiques/cours_et_tribunaux/, pp. 19 à 25.

Conseil supérieur de la justice, *Avis d'urgence portant sur l'assistance de l'avocat au cours de l'interrogatoire par le juge d'instruction*, 25 novembre 2010, p. 7.

Opinion dissente de Mme Palm, Mr Fischbach, Mme Vajic, Thomassen et Tsatsa-Nikolovska et M. Traja à la suite de l'arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

Jurisprudence :

1. *Cour européenne des droits de l'homme :*

C.E.D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970.

C.E.D.H., arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979.

C.E.D.H., arrêt Artico c. Italie du 13 mai 1980.

C.E.D.H., arrêt Bonisch c. Autriche du 12 mars 1984.

C.E.D.H., arrêt Campbell et Fell c. Royaume-Uni du 28 juin 1984.

C.E.D.H., arrêt Feldbrügge c. Pays-Bas du 29 mai 1986.

C.E.D.H., arrêt Monnell et Morris c. Royaume-Uni du 2 mars 1987.

C.E.D.H., arrêt Lamy c. Belgique du 30 mars 1989.

C.E.D.H., arrêt Brandstetter c. Autriche du 28 août 1991.

C.E.D.H., arrêt Borgers c. Belgique du 30 octobre 1991.

C.E.D.H., arrêt Padovani c. Italie du 26 février 1993.

C.E.D.H., arrêt Ruiz-Mateos c. Espagne du 23 juin 1993.

C.E.D.H., arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993.

C.E.D.H., arrêt Imbrioscia c. Suisse du 23 novembre 1993.

C.E.D.H., arrêt Bendenoun c. France du 24 février 1994.

C.E.D.H., arrêt Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce du 09 décembre 1994.

C.E.D.H., arrêt Mc Micheal c. Royaume-Uni du 24 février 1995.

C.E.D.H., arrêt Kerojärvi c. Finlande du 19 juillet 1995.

C.E.D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996.

C.E.D.H., arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996.

C.E.D.H., arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996.

C.E.D.H., arrêt Doorson c. Royaume-Uni de 26 mars 1996.

C.E.D.H., arrêt Ferrantelli et Santangelo c. Italie du 07 août 1996.

C.E.D.H., Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997.

C.E.D.H., arrêt Foucher c. France du 18 mars 1997.

C.E.D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997.

C.E.D.H., arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas du 23 avril 1997.

C.E.D.H., arrêt Van Orshoven du 25 juin 1997.

C.E.D.H., arrêt Belziuk c. Pologne du 25 mars 1998.

C.E.D.H., arrêt K.D.B c. Pays-Bas arrêt du 27 mars 1998.

C.E.D.H., arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France du 31 mars 1998.

C.E.D.H., arrêt Incal c. Turquie du 09 juin 1998.

C.E.D.H., arrêt Twalib c. Grèce du 09 juin 1998.

C.E.D.H., arrêt Nikolova c. Bulgarie du 25 mars 1999.

C.E.D.H., arrêt Slimane Kaïd c. France du 25 janvier 2000.

C.E.D.H., arrêt Rowe and Davis du 16 février 2000.

C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

C.E.D.H., arrêt Kuopila c. Finlande du 27 avril 2000.

C.E.D.H., arrêt Magee c. Royaume-Uni du 06 juin 2000.

C.E.D.H., arrêt APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie du 5 octobre 2000.

C.E.D.H., arrêt Platakou c. Grèce du 11 janvier 2001, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Lietzow c. Allemagne du 13 février 2001.

C.E.D.H., arrêt Garcia Alva c. Allemagne du 13 février 2001.

C.E.D.H., arrêt Priebke c. Italie du 5 avril 2001, déc. sur la recevabilité.

C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt F.R. c. Suisse du 28 juin 2001, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Sahiner c. Turquie du 25 septembre 2001.

C.E.D.H., arrêt Buchberger c. Autriche du 20 décembre 2001, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., Roemen et Schmidt c. Luxembourg du 12 mars 2002, déc. sur la recevabilité.

C.E.D.H., arrêt Wynen c. Belgique du 05 novembre 2002.

C.E.D.H., arrêt Berger c. France du 03 décembre 2002.

C.E.D.H., arrêt Shishkov c. Bulgarie du 09 janvier 2003.

C.E.D.H., arrêt Fontaine et Bertin c. France du 8 juillet 2003.

C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 22 juillet 2003.

C.E.D.H., arrêt Fabre c. France du 2 novembre 2004.

C.E.D.H., arrêt Mattick c. Allemagne du 31 mars 2005, déc. sur la recevabilité.

C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005.

C.E.D.H., arrêt Kolu c. Turquie du 02 août 2005.

C.E.D.H., arrêt Svipsta c. Lettonie du 09 mars 2006.

C.E.D.H., arrêt Vesque c. France du 07 mars 2006.

C.E.D.H., arrêt Svipsta c. Lettonie du 09 mars 2006.

C.E.D.H., arrêt Fodale c. Italie du 1er juin 2006.

C.E.D.H., arrêt Eskelinen et autres c. Finlande du 08 août 2006.

C.E.D.H., arrêt Jalloh c. Allemagne du 11 juillet 2006.

C.E.D.H., arrêt Ben Naceur c. France du 03 octobre 2006.

C.E.D.H., arrêt Koval c. Ukraine du 19 octobre 2006, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Farhi c. France du 16 janvier 2007, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Ledru c. France du 6 décembre 2007.

C.E.D.H., arrêt Gaçon c. France du 22 mai 2008, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Leroy c. France du 02 octobre 2008.

C.E.D.H., arrêt Oral c. Turquie (n°2) du 25 novembre 2008.

C.E.D.H., arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008.

C.E.D.H., arrêt Laryagin c. Russie du 08 janvier 2009.

C.E.D.H., arrêt Natunen c. Finlande du 31 mars 2009.

C.E.D.H., arrêt Mooren c. Allemagne du 09 juillet 2009.

C.E.D.H., arrêt Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne du 6 janvier 2010.

C.E.D.H., arrêt Zaichenko c. Russie du 18 février 2010.

C.E.D.H., arrêt Adamkiewicz c. Pologne du 02 mars 2010.

C.E.D.H., arrêt Moulin c. France du 23 novembre 2010.

C.E.D.H., arrêt Begu c. Roumanie du 15 mars 2011.

C.E.D.H., arrêt Tinner c. Suisse du 26 avril 2011.

C.E.D.H., arrêt Huseyn et autres c. Azerbaïdjan du 26 juillet 2011, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Nejdet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie du 20 octobre 2011, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Stojkovic c. France et Belgique du 27 octobre 2011.

C.E.D.H., arrêt Dirioz c. Turquie du 31 mai 2012.

C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012.

C.E.D.H., arrêt Süzer c. Turquie du 23 avril 2013 rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Navone et autres c. Monaco du 24 octobre 2013, rendu à l'unanimité.

C.E.D.H., arrêt Abdulgadirov c. Azerbaïdjan du 20 septembre 2013.

C.E.D.H., arrêt Schöps c. Allemagne du 18 février 2014.

C.E.D.H., arrêt Öcalan c. Turquie (n°2) du 18 mars 2014.

C.E.D.H., arrêt Beraru c. Roumanie du 18 mars 2014.

C.E.D.H., arrêt El Mentouf c. Suisse du 22 avril 2014, rendu à l'unanimité.

2. Cour constitutionnelle

C. Const., 18 novembre 1992, n°076/1992.

C. Const., 01 décembre 1994, n°082/1994.

C. Const., 02 mars 1995, n°022/1995.

C. Const., 30 avril 1997, n°024/1997.

C. Const., 14 juillet 1997, n°049/1997.

C. Const., 18 mars 1998, n°029/1998.

C. Const., 08 mai 2001, n°058/2001.

C. Const., 30 mai 2001, n°069/2001.

C. Const., 09 janvier 2002, n°005/2002.

C. Const., 06 février 2002, n°032/2002.

C. Const., 08 mai 2002, n°086/2002.

C. Const., 21 décembre 2004, n°202/2004.

C. Const., 19 juillet 2007, n°105/2007.

C. Const., 18 février 2009, n° 025/2009.

C. Const., 11 mars 2009, n° 045/2009.

C. Const., 10 juin 2009, n° 098/2009.

C., Const., 18 juin 2009, n° 101/2009.

C. Const., 30 septembre 2009, n°150/2009.

C. Const., 03 décembre 2009, n°196/2009.

3. *Cour de cassation*

Cass., 16 octobre 1985, Pas., 1986, I, p. 175.

Cass., 16 septembre 1998, J.L.M.B., 1998, p. 1340.

Cass., 17 octobre 2001, R.G. n° P.01.1056.F.

Cass., 24 janvier 2011, R.D.P.C., 2001, p. 726.

Cass., 23 novembre 2013, Pas., 2010, n°691.

4. *Autres*

Comm. Eur. D. H., arrêt Mortensen c. Danemark du 15 mai 1996, non publiée.

Rapport de la Commission, Jespers c. Belgique du 14 décembre 1981.

Rapport de la Commission, Haase c. Allemagne du 11 décembre 1976.

Rapport de la Commission, Can c. Autriche du 12 juillet 1984.

Décision de la Commission, Jespers c. Belgique du 15 octobre 1980.

Autres :

Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n°857/1.

Projet de loi modifiant la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnisation en cas de détention préventive inopérante, modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et modifiant certaines dispositions du Code d'instruction criminelle, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°51-1317/001.

ANNEXES :

Annexe n°1 : L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.....	1
Annexe n° 2 : tableau comparatif des jurisprudences	2
Annexe n° 3 : accès au dossier pendant l'information.....	3
Annexe n° 4 : accès au dossier pendant l'instruction	3
Annexe n° 5 : C.E.D.H., arrêt Imbrioscia c. Suisse du 24 novembre 1993.....	4
Annexe n° 6 : C.E.D.H., arrêt Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne du 6 janvier 2010.	6
Annexe n° 7 : C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité.	7
Annexe n° 8 : C.E.D.H., arrêt Fodale c. Italie du 01 juin 2006.....	9
Annexe n° 9 : C.E.D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970.....	10
Annexe n° 10 : C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997.....	12
Annexe n° 11 : C.E.D.H., arrêt APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie du 5 octobre 2000.....	13
Annexe n° 12 : C.E.D.H., arrêt Bonisch c. Autriche du 06 mai 1985, §33	14
Annexe n° 13 : C.E.D.H., arrêt Adamkiewicz c. Pologne du 02 mars 2010.....	15
Annexe n° 14 : C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 27 octobre 2004.	17
Annexe n° 15 : C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000.	20
Annexe n° 16 : C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000.	22
Annexe n° 17 : C.E.D.H., arrêt Rowe et Davis c. Royaume-Uni du 16 février 2000.	24
Annexe n° 18 : C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012.	26
Annexe n° 19 : C.E.D.H., arrêt Twalib c. Grèce du 09 juillet 2009.....	28
Annexe n° 20 : C.E.D.H., arrêt Ocalan c. Turquie du 12 mai 2005.....	29
Annexe n° 21 : C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005.....	31
Annexe n° 22 : C. Const., 30 septembre 2009, n° 150/2009.....	34
Annexe n° 23 : C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007.....	37
Annexe n° 24 : C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997.	39
Annexe n° 25 : C. Const., 24 juin 1998, n°074/1998.	40

Annexe n°1 : L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

ARTICLE 6

Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Annexe n° 2 : tableau comparatif des jurisprudences

	COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE	COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Définition de l'égalité des armes	1° ... 2° ... 3° ... 4° ... 5° Entre l'accusation et la défense Aspect fondamental du droit à un procès équitable. Entre autres : C.C 107/2007, B.7.1.	1° Pour chaque partie 2° Possibilité raisonnable de présenter 3° Sa cause, ses arguments, ses preuves 4° Sans être placée dans une situation de net désavantage 5° Par rapport à son adversaire Aspect fondamental du droit à un procès équitable. Entre autres : C.E.D.H., arrêt Platakou c. Grèce du 11 janvier 2001, rendu à l'unanimité, § 47.
Ministère public / adversaire	1° Jamais affirmé - = Accusation ? (C.C. 150/2009 B.11.1) 2° L'intérêt qu'il défend justifie une différence de traitement Entre autres : C.C. 82/1994, B.10.	1° Jamais affirmé mais ambiguïté : - « Il n'en va pas de même » (Ben naceur c. France, §34). - = accusation ? (Koval c. Ukraine, §113). - « entre les parties » (Fodale c. Italie, §33). - « partie poursuivante » (Delcourt c. Belgique, §34). 2° Importance prêter à l'influence d'un contenu sur le point de vue du juge : - Conclusion d'un tribunal de 1 ^{ère} instance (C.E.D.H., Niderhost) - Intervention du parquet dans une procédure civile (C.E.D.H., APEH) - Intervention d'un expert (C.E.D.H., Bonisch)
Ministère public / indépendance	1° Statut « distinct » (C.C. n° 076/2002)	1° Pas suffisante sur pied de l'art. 5, §3 (C.E.D.H., Moulin) 2° Pas dépendant de l'exécutif (C.E.D.H., Campbell et Fell) 3° Absence de pouvoir quasi-juridictionnel = absence de respect garantie d'indépendance.
Accès au dossier	1° Nécessaire mais pas absolu 4° Pas de consécration d'un moment idéal. 5° Nécessaire au détenu	1° Nécessaire mais pas absolu (C.E.D.H. Fitt). 2° Nonaccès peut entraîner un net désavantage et un constat de violation (C.E.D.H., Edwards et Lewis, Adamkiewicz). 3° Pas de droit automatique. 4° Pas de consécration d'un moment idéal. 5° Nécessaire pour le détenu qui doit pouvoir contester la légalité de sa détention.
Contrôle des preuves cachées	3° Contrôle « du dossier » par un juge indépendant et impartial (C.C. 202/2004) : - Contrôle par la chambre des mises en accusation OK - Contrôle de pure légalité OK 4° Procédure unilatérale OK (C.C. 105/2007) 5° Important : pas d'atteinte aux droits de la défense car ne peut servir de preuve (C.C. 105 /2007)	1° Procédure qui évite des abus (C.E.D.H., Chambaz, Fitt, ...) mais pas de contrôle type imposé 2° Rejet du contrôle par l'accusation 3° Contrôlé par un magistrat indépendant et impartial OK si : - Accède aux preuves cachées, - Apprécie pleinement, « l'opportunité d'une divulgation », - Au regard du contenu du dossier et de la nature des arguments, - Tout au long de la procédure // prise en compte du moment (C.E.D.H. Natunen) (C.E.D.H., Jasper, Edwards et Lewis, Rowe et Davis) 4° Ne rejette pas le contrôle unilatérale mais a montré ses limites (Fitt et Jasper vs Edwards et Lewis) 5° Constat de violation lorsque les éléments étaient ou pouvaient être (C.C. Edwards et Lewis).
Durée d'accès au dossier	1° 48h de l'art. 235ter, §2, al. 3 suffisantes (C.C. n° 105/2007, B. 14.6) 2° Augmentation des délais possible en raison de la complexité du dossier	1° Appréciation in concreto de la durée (C.E.D.H., Twalib, Ocalan, Beraru). 2° Tenir compte de la complexité 3° Du volume de travail de l'acocat (C.E.D.H., X. Y. ; Mattick)
Expertises	Contradiction souhaitée mais non imposée dans le cadre de la phase d'enquête. Contradiction imposée dans tous les cas dans le cadre de la phase de jugement. C.C. 024/1997, 074/1998, 001/1999	Contradiction obligation si la question de l'expert = la question juge du fond (C.E.D.H, Mantovanelli, Cottin) - Si rapport est déterminant, élément de preuve essentiel - Même si le tribunal n'est pas juridiquement lié Sauf obstacle insurmontable pour contradiction.

Annexe n° 3 : accès au dossier pendant l'information

	Ministère public	Partie civile	Suspect
Audition / Interrogation police	OUI	NON	
Durant information	OUI	NON sauf : - Accord via A.R. 28 décembre 1950 - Accord via C.I.C., art. 21 bis <i>Critiquable au niveau de l'effectivité (C.E.D.H., Artico, Coëme)</i>	
Contrôle des MPR	OUI	Pas d'accès au dossier confidentiel Accès au dossier répressif 48h avant l'audience (C.I.C., art. 235ter, al. 3)	

Annexe n° 4 : accès au dossier pendant l'instruction

	MP	Inculpé détenu	Inculpé non détenu
Audience de confirmation du mandat d'arrêt	OUI	OUI : dernier jour ouvrable avant l'audience (L., dét. prév., art. 21, §3)	X
Audience de contrôlé de la détention préventive	OUI	OUI : deux jours (L., dét. prév., art. 22, §1, al. 4). En cas de prolongation de 3 mois, accès deux jours par mois (L., dét. prév., art. 22, §1, al. 8) → SANS OBLIGATION DE DEMANDER UNE LIBERATION.	X
Demande consultation après 1 mois	OUI	X	Sous réserve de l'acceptation du juge d'instruction : OUI, 48h au moins (C.I.C, art. 61ter, §4). ⇒ Nouvelle demande dans les trois mois (pas de consultation pendant ce délai)
Règlement de procédure	OUI	OUI : 15 jours (C.I.C., art. 127, §2)	OUI : 15 jours (C.I.C., art. 127, §2)
Contrôle des MPR	OUI	Pas d'accès au dossier confidentiel Accès au dossier répressif 48h avant l'audience (C.I.C., art. 235ter, al. 3)	Pas d'accès au dossier confidentiel Accès au dossier répressif 48h avant l'audience (C.I.C., art. 235ter, al. 3)

Annexe n° 5 : C.E.D.H., arrêt Imbrioscia c. Suisse du 24 novembre 1993

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 8 – 27)

Le requérant venait d'atterrir à l'aéroport de Zurich. Les douaniers trouvèrent de l'héroïne dans la valise d'un autre passager du même vol, M., qui indiqua qu'il voyageait accompagné du requérant. Ce dernier fut relâché après avoir été fouillé sans résultat.

Soupçonné d'avoir des liens avec M., il fut arrêté plus tard dans la journée. Il demanda l'assistance d'un avocat à la suite de son premier interrogatoire en date du 3 février. Un premier avocat accepta de le représenter mais il fut interrogé à plusieurs reprises en son absence. Il rencontra un autre avocat pour la première fois le 27 février. L'avocat ne fut pas invité à participer aux autres interrogatoires du requérant.

Le tribunal de district décida qu'il avait sciemment participé à l'accomplissement du délit et le condamna à 7 années d'emprisonnement.

La Cour d'appel le débouta de son recours. En ce qui concerne l'absence de conseil lors des interrogatoires, elle conclut que l'appelant ne montrait pas en quoi sa défense en avait pâti.

Son recours en cassation ne fut pas plus concluant.

EN DROIT (extraits)

« ...

32. Le requérant se plaint de ne pas avoir bénéficié de l'assistance d'un avocat lors de plusieurs de ses interrogatoires par la police et par les procureurs ...; il invoque l'article 6 paras. 1 et 3 c) de la Convention ...

33. ... M. Imbrioscia souligne de surcroît l'importance de l'instruction dans la procédure pénale zurichoise; il en déduit que pour être effectif, le droit à la défense doit valoir non seulement pour le procès, mais aussi pour l'enquête de police et la phase qui se déroule devant le procureur.

34. Le Gouvernement plaide d'abord que l'instruction préparatoire échappe à l'empire de l'article 6 paras. 1 et 3 (art. 6-1, art. 6-3). Il ajoute que ni la Constitution suisse ni la Convention ne garantissent directement à l'avocat de la défense le droit d'être présent aux interrogatoires de son client dès ce stade. ...

36. La Cour ne saurait souscrire sans réserve au premier argument du Gouvernement. **Certes, l'article 6 (art. 6) a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider "du bien-fondé de l'accusation", mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement.** Ainsi, le "délai raisonnable" visé au paragraphe 1 (art. 6-1) commence à courir dès la naissance de l'"accusation", au sens autonome et matériel qu'il échet d'attribuer à ce terme ... D'autres exigences de l'article 6 (art. 6), **et notamment de son paragraphe 3 (art. 6-3)**, peuvent elles aussi jouer un rôle **avant** la saisine du juge du fond si et dans la mesure **où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ...**

38. S'il reconnaît à tout accusé le droit de "se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur (...)", l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) n'en précise pas les conditions d'exercice. Il laisse ainsi aux États contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir; la tâche **de la Cour consiste à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un**

procès équitable ... A cet égard, il ne faut pas oublier que la Convention a pour **but de "protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs"**, et que la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé ...

41. Quoi qu'il en soit, au début le requérant **ne jouit pas de l'appui juridique nécessaire**, mais "on **ne saurait (...) imputer à un État la responsabilité de toute défaillance d'un avocat d'office**" ...

44. Un examen global de la procédure amène ainsi la Cour à estimer que le requérant ne s'est pas vu refuser un procès équitable.

Il n'y a donc pas eu violation des paragraphes 1 et 3 c), combinés, de l'article 6 (art. 6-1, art. 6-3-c).

... »

Annexe n° 6 : C.E.D.H., arrêt Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne du 6 janvier 2010.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 9 – 88)

À la suite de poursuites pénales relatives à l'agissement d'un groupe terroriste, une plainte fut déposée contre J.A. et M.D. pour séquestration et malversation. Les dossiers furent disjoints.

J.A. et M.D. firent des aveux et impliquèrent d'autres personnes, dont le requérant qui fut placé en détention provisoire. Celui-ci porta plainte contre le juge d'instruction pour menaces, tortures, etc ... Plainte qui se solda par un non-lieu.

Il demanda la récusation du juge d'instruction qui, lors d'une pause afin d'exercer des fonctions politiques, avait été son supérieur et l'avait même poussé à démissionner. Cette demande fut rejetée.

Un nouveau juge d'instruction a été désigné par le tribunal, ce juge a refusé toutes les propositions de preuves de la part du requérant (témoignages, avis d'expert, ...). Il fut condamné par le juge du fond.

EN DROIT (extraits)

« ...

94. Le requérant se plaint de ce que sa cause n'ait pas été examinée par un tribunal impartial, dans la mesure où, selon lui, des doutes légitimes existaient quant à l'impartialité du juge central d'instruction no 5 ... Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention ...

109. La Cour rappelle qu'à maintes reprises, elle a considéré que les garanties de l'article 6 s'appliquaient à l'ensemble de la procédure, y compris aux phases de l'information préliminaire et de l'instruction judiciaire ... dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ...

111. Toutefois, dans la mesure où les actes accomplis par le juge **d'instruction** influent **directement et inéluctablement sur la conduite** et, dès lors, **sur l'équité de la procédure ultérieure**, y compris le procès proprement dit, la Cour estime que, même si certaines des garanties procédurales envisagées par l'article 6 § 1 de la Convention peuvent ne pas s'appliquer au stade de l'instruction, les exigences du droit à un procès équitable au sens large impliquent nécessairement que le juge d'instruction soit impartial ... Elle a par ailleurs souligné l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès ...

114. Eu égard à ce qui précède, ... la Cour conclut que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer ...

... »

Annexe n° 7 : C.E.D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, rendu à l'unanimité.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 9 – 88)

À la suite d'une intervention chirurgicale, la requérante est victime d'un syndrome neurologique et d'un accident vasculaire. Elle introduit une requête devant un tribunal administratif afin d'obtenir réparation de son préjudice. Elle n'obtient pas satisfaction au fond. Elle se pourvoit en cassation, devant le Conseil d'état. Son recours n'aboutira pas.

EN DROIT (extraits)

« ...

55. Mme Kress allègue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, ...

56. ... la requérante se plaint d'abord de ne pas avoir reçu, préalablement à l'audience, communication des conclusions du commissaire du gouvernement et de ne pas avoir pu lui répondre à l'audience ni prendre la parole en dernier ; en second lieu, elle s'élève contre la présence du commissaire du gouvernement aux délibérations à huis clos de la formation de jugement, alors que ce dernier avait conclu au rejet de son pourvoi, ce qui heurterait le principe de l'égalité des armes et jetterait un doute sur l'impartialité de la juridiction de jugement ...

64. ... la requête soulève, mutatis mutandis, des problèmes voisins de ceux examinés par la Cour dans plusieurs affaires concernant le rôle de l'avocat général ou du procureur général à la Cour de cassation ou à la Cour suprême en Belgique, au Portugal, aux Pays-Bas et en France (arrêts *Borgers*, *Vermeulen* et *Lobo Machado* précités, *Van Orshoven c. Belgique*, 25 juin 1997, Recueil 1997-III, et les deux arrêts *J.J. et K.D.B. c. Pays-Bas* du 27 mars 1998, Recueil 1998-II ; voir également *Reinhardt* et *Slimane-Kaïd* précité).

65. Dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la non-communication préalable soit des conclusions du procureur général ou de l'avocat général, soit du rapport du conseiller rapporteur, et de l'impossibilité d'y répondre. La Cour rappelle en outre que, dans son arrêt *Borgers*, qui concernait le rôle de l'avocat général devant la Cour de cassation dans une procédure pénale, elle avait conclu au non-respect de l'article 6 § 1 de la Convention, en se fondant surtout sur la participation de l'avocat général au délibéré de la Cour de cassation, qui avait emporté violation du principe de l'égalité des armes ...

Ultérieurement, la circonstance aggravante de la participation aux délibérés du procureur ou de l'avocat général n'a été retenue que dans les affaires *Vermeulen* et *Lobo Machado*, où elle avait été soulevée par les requérants (respectivement, p. 234, § 34, et p. 207, § 32) ; dans tous les autres cas, la Cour a mis l'accent sur la nécessité de respecter le droit à une procédure contradictoire, en relevant que celui-ci impliquait le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, et de la discuter.

Enfin, la Cour rappelle que les affaires *Borgers*, *J.J. c. Pays-Bas* et *Reinhardt* et *Slimane-Kaïd* concernaient des procédures pénales ou à connotation pénale. Les affaires *Vermeulen*, *Lobo Machado* et *K.D.B. c. Pays-Bas* avaient trait à des procédures civiles ou à connotation civile tandis que l'affaire *Van Orshoven* concernait une procédure disciplinaire contre un médecin.

70. Toutefois, la seule circonstance que la juridiction administrative et le commissaire du gouvernement en particulier existent depuis plus d'un siècle et fonctionnent, selon le Gouvernement, à la satisfaction de tous, ne saurait justifier un manquement aux règles actuelles du droit européen ...

En effet, il convient d'attacher une grande importance au rôle réellement assumé dans la procédure par le commissaire du gouvernement et plus particulièrement au contenu et aux effets de ses conclusions ...

73. ... La requérante ne saurait tirer du droit à l'égalité des armes reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention le droit de se voir **communiquer**, préalablement à l'audience, des conclusions qui n'ont été communiquées **à aucune des parties à l'instance** ...

76. Or, à la différence de l'affaire *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, il n'est pas contesté que, dans la procédure devant le Conseil d'Etat, les avocats qui le souhaitent peuvent demander au commissaire du gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions. Il n'est pas davantage contesté que les parties peuvent répliquer, par une note en délibéré, aux conclusions du commissaire ...

Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à cet égard.

Annexe n° 8 : C.E.D.H., arrêt Fodale c. Italie du 01 juin 2006.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 7 – 25)

À une date non précisée, des poursuites furent entamées contre le requérant accusé d'extorsion, de tentative d'incendie et d'appartenance à une association de malfaiteurs. Il fut placé en détention préventive et il fut libéré après avoir fait appel. Toutefois, le 15 février 2000, la Cour de cassation casse la décision d'appel en l'absence du requérant. La nouvelle juridiction chargée d'apprécier la détention préventive confirma celle-ci. Il saisit à nouveau la Cour de cassation. Entre-temps, il fut condamné par le tribunal correctionnel mais acquitté en appel. Le parquet se pourvut en cassation.

La Cour de cassation confirme la décision de détention préventive mais elle ne casse pas la décision d'acquiescement.

EN DROIT (extraits)

« ...

1. La Cour rappelle ... qu'un tribunal examinant un recours formé contre une détention doit présenter les garanties inhérentes à une instance de caractère judiciaire. Le procès doit être contradictoire et garantir **dans tous les cas l'« égalité des armes » entre les parties, à savoir le procureur et le détenu. Il n'y a pas égalité des armes lorsqu'un avocat se voit refuser l'accès aux documents du dossier d'instruction dont l'examen est indispensable pour contester efficacement la légalité de la détention de son client.** S'il s'agit d'une personne dont la détention relève de l'article 5 § 1 c), une audience s'impose

42. ... eu égard aux conséquences dramatiques de la privation de liberté sur les droits fondamentaux de la personne concernée, toute procédure relevant de l'article 5 § 4 de la Convention doit en principe également respecter, autant que possible dans les circonstances d'une instruction, les exigences fondamentales d'un procès équitable telles que le droit à une procédure contradictoire. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais **la méthode adoptée par elle doit garantir que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter ...**

43. ... en statuant sur l'appel du parquet, la Cour de cassation a fixé la date de l'audience au 15 février 2000. Cependant, **aucune citation à comparaître** n'a été notifiée au requérant ou à son avocat. L'accusé n'a donc pas eu la possibilité de présenter de mémoires ou de s'exprimer oralement à l'audience **pour répliquer aux arguments du parquet ...**

44. Dans ces circonstances, la Cour ne saurait conclure que les exigences du contradictoire et de l'égalité des armes ont été respectées.

45. Il y a donc eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

... »

Annexe n° 9 : C.E.D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 9 – 19)

La Commission européenne des droits de l'homme a déféré l'affaire Delcourt à la Cour de manière à savoir si la Belgique est responsable d'une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le requérant était détenu et poursuivi pour extorsion, escroquerie et abus de confiance. Il fut condamné à un an d'emprisonnement. En appel, il fut condamné à cinq ans d'emprisonnement et à dix ans de mise à disposition du gouvernement.

Il se pourvut en cassation, le conseiller et l'avocat général près de la Cour recommandèrent le rejet du pourvoi. L'avocat général participa au délibéré.

EN DROIT (extraits)

« ...

28. En développant leurs thèses respectives, Commission et Gouvernement se sont placés pour l'essentiel sur le terrain du principe dit de l'"égalité des armes". La Cour examinera cependant le problème à la lumière de l'ensemble du paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1) ...

29. ... Quant au parquet de la Cour belge de cassation, à la différence du parquet des juridictions du fond, il n'exerce pas, en règle générale, l'action publique, ne saisit pas lui-même la Cour, n'a pas non plus la qualité de défendeur et "ne peut" par conséquent « être considéré comme partie » ...

... Il ne résulte pourtant pas encore nécessairement de ce qui précède que les griefs de Delcourt manquent de justification ...

30. Une série d'éléments permettent de comprendre la manière de voir du requérant et l'opinion de la minorité de la Commission ...

En premier lieu, la nette distinction que l'on doit établir, d'après le Gouvernement belge, entre le parquet de cassation et celui des juridictions du fond, ne ressort pas toujours très clairement des textes légaux. Les mêmes vocables, tel le terme "ministère public", servent à désigner des institutions différentes, ce qui prête aisément à confusion ...

A s'en tenir à une vue superficielle des choses, on pourrait aller jusqu'à se demander si la distinction susmentionnée reflète fidèlement la réalité. En effet, le parquet de cassation a parfois la qualité de partie demanderesse; il lui arrive, par exemple, d'intenter une action publique ou disciplinaire contre des magistrats ... Aussi se peut-il que certains **justiciables** aient **assez naturellement tendance** à considérer comme un **adversaire** un procureur ou avocat général qui se prononce pour le rejet de leurs pourvois. Ils peuvent y être d'autant plus enclins qu'ils se voient souvent **privés d'un véritable débat contradictoire** devant la cour suprême ... Et l'on conçoit qu'ils puissent éprouver une impression d'inégalité si, après avoir entendu un membre du parquet de cassation conclure dans un sens défavorable à leur thèse à l'issue de l'audience publique, ils le voient se retirer avec les magistrats du siège afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil.

31. Les considérations qui précèdent ont une certaine importance qu'il ne faut pas sous-estimer ...0 elles permettent de **douter que le système litigieux soit très heureux**. Elles ne suffisent cependant pas à établir l'existence d'une atteinte au droit à un procès équitable. En regardant au-delà des apparences, la Cour n'aperçoit aucune réalité contraire à ce droit.

33. Le parquet de cassation n'est pas davantage l'adversaire virtuel des accusés et prévenus dont la condamnation ou l'acquittement peuvent donner lieu à un pourvoi, et il ne devient pas leur adversaire effectif quand il conclut devant la Cour au rejet de leur thèse.

34. Même en l'absence de partie poursuivante, il est vrai, un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse. Un examen attentif de la législation litigieuse, telle qu'elle est appliquée dans la pratique, ne révèle cependant aucun résultat de ce genre. Le ministère public de la Cour de cassation est en somme un auxiliaire et un conseiller de la Cour; il exerce une fonction parajudiciaire. Par les avis qu'il exprime en son âme et conscience, il aide la Cour à contrôler la légalité des décisions attaquées et à assurer l'unité de la jurisprudence.

37. La Cour aboutit donc à la conclusion que le système prévu par l'article 39 de l'arrêté du 15 mars 1815, tel qu'il était appliqué dans la pratique, n'était pas incompatible avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention

... »

Annexe n° 10 : C.E.D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 9 – 19)

Le requérant fut révoqué de ses fonctions sans préavis. Il introduit une action contre son employeur en paiement d'arriérés de salaire. Il fut débouté tant en première instance qu'en appel.

Il saisit le tribunal fédéral d'un « recours en réforme » que celui-ci rejeta estimant que le tribunal cantonal avait valablement justifié sa décision. Pour statuer de la sorte, le tribunal fédéral avait demandé au tribunal cantonal de lui transmettre son dossier. Dossier auquel ce dernier avait joint une page d'observation. Ces deux éléments n'ont pas été communiqués au requérant.

EN DROIT (extraits)

« ...

23. ... En l'occurrence, les observations du tribunal cantonal **ne furent communiquées à aucune des parties au litige devant le Tribunal fédéral**: ni au requérant ni à la société défenderesse. De son côté, le tribunal cantonal, juridiction indépendante, **ne saurait passer pour l'adversaire de l'une d'elles. Aucun manquement à l'égalité des armes ne se trouve donc établi.**

24. Toutefois, **la notion de procès équitable** implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation **présentée au juge et de la discuter** ...

26. La Cour note que, même limitées à une page, les observations en cause n'en contenaient pas moins **un avis motivé sur le bien-fondé du recours en réforme**, dont elles proposaient explicitement le rejet. Comme le relève le délégué de la Commission, elles visaient donc manifestement à influencer la décision du Tribunal fédéral.

27. **Peu importe ... leur effet réel sur celle-ci.** De toute façon, comme les observations émanaient d'une juridiction indépendante qui, de surcroît, connaissait parfaitement le dossier pour l'avoir examiné au fond, il paraît peu vraisemblable que la haute juridiction **ne leur ait pas prêté attention**. Il convenait donc d'autant plus d'offrir au requérant une possibilité de les commenter s'il le désirait.

29. Il n'en va pas non plus autrement quand, de l'avis des juridictions concernées, les observations ne présentent aucun fait ou argument qui ne figure pas déjà dans la décision attaquée. Cette appréciation, en réalité, **appartient aux seules parties au litige**: c'est à elles de juger si un **document appelle des commentaires**. Il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice: elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier.

30. Sans doute le dépôt d'observations du genre de celles en question en l'espèce poursuit-il un **but d'économie et d'accélération** de la procédure. Comme en témoigne sa jurisprudence, la Cour attache une **grande importance à cet objectif**, lequel toutefois **ne saurait justifier de méconnaître** un principe aussi fondamental que le droit à une procédure contradictoire ...

32. Partant, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

... »

**Annexe n° 11 : C.E.D.H., arrêt APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres
c. Hongrie du 5 octobre 2000**

EN FAIT :

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 8 – 23)

L'APEH est une association hongroise qui introduit une demande de sorte à faire enregistrer son acronyme auprès de la juridiction compétente. Toutefois « APEH » est également l'acronyme de l'autorité fiscale hongroise. La juridiction fit savoir au requérant qu'il devait recueillir le consentement l'autorité fiscale. Le président de l'autorité fiscale se plaint auprès du procureur du roi au travers d'une lettre qui ne fut pas communiquée au requérant. Le parquet intervint dans la procédure en rendant un avis, les requérants ne furent pas informés de cette intervention. Les requérants se plaignent du non-respect du principe de l'égalité des armes.

EN DROIT (extraits)

« ...

40. La Cour relève que le parquet et le parquet général sont intervenus dans la procédure en vertu de l'article 2/A du code de procédure civile. Cela étant, elle estime que, **malgré le caractère gracieux** de la procédure, **les droits consacrés par l'article 6 § 1 auraient dû être respectés.**

41. Si la Cour juge **improbable** que **la lettre du directeur de l'APEH** au président du tribunal régional, qui est arrivée bien avant le dépôt de la demande d'enregistrement, **ait influencé l'attitude** du juge chargé de l'affaire, **il n'en est pas de même pour l'intervention du parquet, dont le tribunal régional n'a pas informé les requérants.** De plus, le fait que l'APEH ait été en possession d'une copie de l'ordonnance du 28 juin 1993 avant qu'elle n'ait été notifiée aux requérants – ce qui a permis au porte-parole de l'APEH de la présenter dans une émission télévisée – jette le doute sur l'équité de la procédure.

43. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut **au non-respect du principe de l'égalité des armes.** Elle ne juge pas nécessaire d'examiner également la question de savoir si les observations du parquet datées du 24 janvier 1994 ont été ou non communiquées aux requérants ou si les juridictions hongroises avaient de surcroît l'obligation d'examiner le grief des requérants relatif au rejet par la Cour suprême de leur requête en récusation.

44. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention

... »

Annexe n° 12 : C.E.D.H., arrêt Bonisch c. Autriche du 06 mai 1985, §33

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 7 – 19)

Le requérant a été dénoncé au parquet pour diverses infractions relatives à une technique de fumage de la viande qui débouchèrent sur la poursuite de celui-ci. Une série de prélèvements furent effectués dans son usine. Ces prélèvements furent analysés par un expert qui fut ensuite nommé « expert du tribunal ». Cette expert assista à toutes les audiences et interrogea l'expert convoqué par la défense. Celui-ci avait une approche différente que celle de l'expert du tribunal. Le requérant fut condamné sur base notamment de l'avis de l'expert du tribunal. Le requérant se plaint d'une violation de l'article 6, §1 et 3d.

EN DROIT (extraits)

« ...

Or il avait rédigé les rapports de l'Institut et leur transmission au parquet avait déclenché les poursuites pénales contre M. Bönisch ... Par la suite, il fut désigné comme expert par le tribunal régional ...

32. On comprend aisément que des doutes surgissent, en particulier chez l'"accusé", sur la neutralité d'un expert dont le rapport a précisément provoqué l'exercice de l'action publique. En l'espèce, les apparences rapprochaient plutôt le directeur d'un témoin à charge. En soi, son audition pendant les débats ne se heurtait pas à la Convention, mais le principe de l'égalité des armes ... exigeait un équilibre entre cette audition et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense.

33. La Cour estime ... qu'un tel équilibre n'a pas régné ...

En premier lieu, le directeur de l'Institut avait été nommé "expert" par le tribunal en vertu de la loi autrichienne; d'après celle-ci, il avait ainsi formellement une fonction d'assistant neutre et impartial du juge. Par là même, **ses déclarations devaient avoir plus de poids** que celles d'un "expert-témoin" entendu, comme dans la première affaire, à la demande de l'"accusé" ... alors pourtant que sa neutralité et son impartialité pouvaient, dans les circonstances de la cause, paraître sujettes à caution ...

En outre, certaines données illustrent **le rôle prépondérant** qu'a pu jouer le directeur.

En qualité d'"expert", il pouvait **assister à toute l'audience, poser avec l'autorisation du juge des questions à l'accusé et aux témoins, commenter le moment venu leurs déclarations** ...

Le déséquilibre se révéla particulièrement frappant dans la première procédure, en raison de la différence entre les places respectives de l'expert désigné par le tribunal et de l'"expert-témoin" de la défense. **Simple témoin, M. Prändl ne fut admis à comparaître devant le tribunal qu'au moment de sa déposition**; pendant celle-ci, il s'entendit interroger tant par le juge que par l'expert; après quoi il se vit relégué dans les bancs du public (paragraphe 12 ci-dessus). **En revanche, le directeur de l'Institut exerça les facultés que lui offrait la législation autrichienne; bien plus, il interrogea directement M. Prändl et l'"accusé"**.

34. De surcroît, la défense n'avait guère de chances d'obtenir la nomination d'un contre-expert ...

35. Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)

... »

Annexe n° 13 : C.E.D.H., arrêt Adamkiewicz c. Pologne du 02 mars 2010.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 5 – 50)

Le requérant mineur fut arrêté par la police à son domicile le 4 décembre 1997. Il fut entendu sur le meurtre de M.S. car il aurait été vu sur les lieux où le corps de la victime fut retrouvé. Il fut interrogé pendant de longues heures par des policiers et un psychologue. Il passa aux aveux. Le même jour, il fut conduit devant un juge pour mineur et un avocat a été désigné pour assurer sa défense.

Les parents du mineur choisirent un autre avocat, celui-ci demanda à avoir accès au dossier. Demande qui fut rejetée. Il réitéra sa demande à plusieurs reprises, sans succès.

Le juge interrogea à nouveau le requérant en l'absence de son avocat. L'avocat pu rencontrer son client pour la première fois le 18 janvier 1998. L'avocat demanda à plusieurs reprises un nouvel entretien avec son client, qu'il n'obtint jamais.

Il fut condamné à être placé dans une maison de correction pendant six ans. Les interrogatoires du prévenu furent considérés conformes à la loi.

En appel, le juge déclara que la phase d'enquête avait violé les droits de la défense mais que cette violation n'avait pas affecté le contenu du jugement.

EN DROIT (extraits)

« ...

68. La Cour rappelle que le but de l'article 6 est d'assurer que toute personne, en particulier celle qui se trouve accusée d'avoir commis une infraction pénale, puisse bénéficier des garanties du procès équitable. Celles-ci **valent non seulement pour la phase de jugement mais aussi pour la phase de l'instruction**. Ainsi, l'article 6, et notamment son paragraphe 3, peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où son inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ...

70. La Cour rappelle ... que lorsqu'un **mineur** est en cause, la justice est avant tout tenue d'agir en **respectant dûment le principe de la protection des intérêts supérieurs de l'enfant**. Ainsi, un enfant accusé d'une infraction se doit d'être traité d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan émotionnel et intellectuel ...

83. La Cour souligne l'**importance** du **stade de l'enquête** pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès ... Parallèlement, un **accusé** se trouve souvent dans une situation **particulièrement vulnérable** à ce stade de la procédure, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus **complexe**, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves ..

84. L'équité d'une procédure pénale ... 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. Ainsi, un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit ...

86. ... la Cour observe qu'au cours de l'instruction préliminaire – laquelle s'est étendue sur environ six mois – l'avocat du requérant a formulé **huit demandes** tendant à obtenir l'autorisation ... **pour rencontrer son client**. Or, seules **deux** de ces demandes ont été accueillies. En définitive, en dépit de sa prompte désignation, l'avocat du requérant n'a pu s'entretenir avec son client **qu'une seule fois**

durant toute l'instruction ... La Cour remarque de surcroît qu'à **une seule reprise** au cours de l'instruction préliminaire, soit environ trois mois après l'ouverture de celle-ci, l'avocat du requérant a pu **prendre connaissance du dossier de l'affaire**. Compte tenu de ces circonstances, force est de constater que pendant l'instruction préliminaire les droits de la défense du requérant ont été restreints de manière considérable.

87. La Cour observe par ailleurs que l'instruction a constitué une phase cruciale de la procédure litigieuse, en particulier dans la mesure où de nombreux actes tendant à rassembler les éléments de preuve ont été accomplis par les autorités à ce stade. En particulier, le requérant a été interrogé d'abord par la police, et ensuite, à quatre reprises, il a été entendu par le juge aux affaires familiales. Toutefois, l'avocat du requérant n'a pu assister à aucun de ces interrogatoires ...

90. La Cour note qu'il ressort du libellé des décisions prononcées à l'égard du requérant que les éléments recueillis par les autorités au cours de l'instruction préliminaire ont été **largement utilisés pour appuyer tant l'ordonnance** de son renvoi en jugement que le jugement prononcé par le tribunal pour enfants. La Cour observe en particulier que les aveux initiaux du requérant, corroborés largement par ses déclarations subséquentes devant le juge aux affaires familiales, ont servi à fonder sa condamnation ...

108. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce **violation** de l'article 6 § 1 de la Convention quant à l'exigence d'un tribunal impartial.

... »

Annexe n° 14 : C.E.D.H., arrêt Edwards et Lewis c. Royaume-Uni du 27 octobre 2004.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 12 – 30)

Le premier requérant (Edwards) fut arrêté à la suite d'une opération d'infiltration. Il fut reconnu coupable de détention aux fins de revente de drogue et condamné à une peine de 9 ans d'emprisonnement.

Il affirma qu'il croyait participer à une transaction de recel de bijoux organisée par un ancien codétenu. Il a rencontré un certain « Graham » à l'hôtel, celui-ci a invité le requérant à l'accompagner jusqu'à la chambre où se trouvait une mallette. Il aurait crochété celle-ci pendant que le requérant se trouvait dans la salle de bain. Ils ont quitté l'hôtel ensemble pour rejoindre la camionnette de Graham. Là, le requérant fut arrêté.

Avant que ne commence le procès du requérant, l'accusation l'avisait qu'une demande d'autorisation de non-divulgaration de certains éléments de preuve avait été formulée. Le juge, Owen Stable, examina les éléments de preuve visés, en l'absence de la défense, et il conclut qu'ils ne seraient d'aucun secours pour la défense. Les preuves furent à nouveau examinées par le juge du fond qui arriva à la même conclusion. Le requérant tenta de faire exclure le témoignage de « Graham », policier infiltré, se prétendant victime d'un guet-apens. Le juge l'en débouta, considérant que dans le cadre de l'examen de la requête unilatérale il n'avait entendu aucun témoignage ni n'avait vu aucun élément de preuve qui pût assister la défense dans son argumentation selon laquelle les preuves concernées devaient être exclues pour cause de guet-apens. « Graham » fut le seul participant à l'infraction à témoigner au procès.

Le second requérant (Lewis) fut arrêté en juillet 1995. Dans son premier interrogatoire, il déclara qu'une de ses connaissances, Colin Phelps, lui avait présenté un homme appelé « Terry », qui semblait désireux de lui acheter des marchandises provenant de sociétés mises en faillite. Celui-ci aurait incité le requérant à se fournir en fausse monnaie et a présenté le requérant à trois autres personnes, Jag, Jazz et Chris, ce dernier étant un policier infiltré. L'enregistrement sonore de la rencontre, effectué en secret durant la réunion, montre que le requérant n'était pas opposé à l'idée de participer à la transaction et qu'il a été activement encouragé à le faire par Jag et Chris, qui auraient exercé une certaine pression sur lui pour qu'il fournisse plus de grosses coupures qu'originellement convenu.

Le requérant rencontra Chris et Ian, un autre agent infiltré, quelques jours plus tard. À cette occasion, il leur présenta quelques fausses coupures, il fut aussitôt arrêté.

Le requérant affirme qu'il a été attiré dans un guet-apens par des policiers infiltrés et/ou par des informateurs actifs, qui l'auraient incité à commettre les infractions litigieuses. Dès lors, il sollicita du juge de la Crown Court l'abandon des poursuites.

Avant de rendre sa décision sur cette requête, le juge examina, dans le cadre d'une procédure non contradictoire, une demande de l'accusation tendant à obtenir de ne pas divulguer certains éléments de preuve matériels. Il décida également que s'il était clair que Chris avait enjôlé le requérant rien n'indiquait qu'il eût exercé la moindre pression sur lui.

Une demande d'exclusion des témoignages des policiers infiltrés fut introduite. Avant que les agents fussent invités à déposer, l'avocat du requérant s'enquit auprès du juge des questions qui pourraient être abordées dans le cadre de leur interrogatoire. La plupart des sujets sur lesquels l'interrogatoire devait porter était couvert par l'immunité. Dès lors, l'argumentation de la demande d'exclusion était impossible. En conséquence, la demande fut retirée et le requérant choisit de plaider coupable sur les

chefs d'accusation, ce dont il informa le juge le 12 novembre 1996. Il fut condamné à 4 ans et demi d'emprisonnement.

Les requérants se plaignent de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

EN DROIT (extraits)

« ...

46. La partie « En droit » de l'arrêt rendu par la chambre le 22 juillet 2003 est ainsi libellée ...

Les requérants affirment tous deux avoir été victimes d'un guet-apens. La Cour rappelle que ... l'exigence générale d'équité des procédures pénales ... implique que l'intérêt public à lutter contre la criminalité ne peut justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière ...

En droit anglais, ... le guet-apens ... fait peser sur le juge l'obligation soit de prononcer l'abandon des poursuites ... soit d'exclure les preuves obtenues ...

Ainsi que les requérants le font observer, il est impossible à la Cour de déterminer si les requérants ont ou non été victimes de guets-apens contraires à l'article 6, puisque les informations pertinentes n'ont pas été divulguées par les autorités de poursuite ...

Tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et **garantir l'égalité des armes** entre l'accusation et la défense ... De surcroît, l'article 6 exige, comme du reste le droit anglais, que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, **à charge comme à décharge**.

Cela dit, le droit à **une divulgation** des preuves pertinentes n'est **pas absolu**. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des **intérêts concurrents** – tels que la sécurité nationale ... protéger des témoins ... garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être **mis en balance avec les droits de l'accusé** ... seules sont légitimes ... les mesures restreignant les droits de la défense qui sont **absolument nécessaires**. De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, **toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires**.

... Aussi la Cour doit-elle examiner si le processus décisionnel a satisfait, dans toute la mesure du possible, aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes, et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé ...

En vertu du système anglais de procès devant **jury**, c'est le jury qui **décide** de la **culpabilité** ou de **l'innocence** de l'accusé. Pour aboutir à son constat de non-violation dans l'affaire Jasper, la Cour jugea pertinent que **l'accusation ne s'était nullement prévalu des éléments non divulgués** que le juge du fond avait estimés couverts par une immunité d'intérêt public, et que de surcroît ces éléments n'avaient **jamais été portés à la connaissance du jury** ...

En l'espèce, toutefois, il apparaît que les **éléments de preuve non divulgués** se rapportaient ou pouvaient se rapporter à une **question de fait tranchée par le juge du fond** ... Pour déterminer si l'accusé avait effectivement été **victime d'une provocation illicite** de la part de la police, le juge devait nécessairement examiner un **certain nombre d'éléments**, en particulier la raison pour laquelle l'opération de police avait été montée, la nature et l'étendue de la participation de la police à l'infraction, et la nature de l'incitation ou des pressions mises en œuvre par la police (...). Si la défense avait été en mesure de persuader le juge que la police avait agi de manière abusive, les poursuites auraient en réalité été **abandonnées**. Les requêtes en question revêtaient donc une **importance**

décisive pour les procès des requérants, et les preuves réputées couvertes par une immunité d'intérêt public se rapportaient peut-être à des faits liés à ces requêtes.

Or, malgré cela, les requérants se sont vu **refuser** l'accès aux preuves litigieuses. Il n'a donc pas été possible aux représentants de la défense de développer pleinement devant le juge leur thèse du guet-apens. De surcroît, dans chacune des deux affaires, le juge qui rejeta ultérieurement cette thèse du guet-apens développée par la défense **avait déjà vu des éléments** de preuve produits par l'accusation qui étaient peut-être pertinents pour la question soulevée ... **A aucun moment** de la procédure pénale le **requérant** et ses représentants **n'ont été informés** du contenu des preuves non divulguées, et ils ont ainsi été **privés de la possibilité de contrer ladite allégation**, ... Dans l'affaire de M. Lewis, la nature des éléments de preuve non divulgués **n'a pas été révélée**, mais il est possible là aussi que les **preuves en question étaient préjudiciables à la thèse du guet-apens** développée par le requérant ...

Dans ces conditions, la Cour estime que la procédure suivie dans les deux affaires pour trancher les questions de divulgation des preuves et de guet-apens **n'a pas satisfait aux exigences nécessaires pour garantir le caractère contradictoire de la procédure et l'égalité des armes** et qu'elle n'offrait pas les garanties permettant de protéger adéquatement les intérêts des accusés. Il en résulte qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en l'espèce.

48. Ayant examiné les questions soulevées par la présente espèce à la lumière de l'arrêt de la chambre, la Grande Chambre n'aperçoit aucune raison de s'écarter des constatations de celle-ci. Elle conclut dès lors à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour les motifs énoncés par la chambre.

... »

Annexe n° 15 : C.E.D.H., arrêt Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 12 – 30)

Le 30 juin 1993, trois tonnes de cannabis furent importées au Royaume-Uni dans une cargaison de viande et furent transportées dans l'entrepôt frigorifique West Kent Cold Storage à Dunton Green.

Le 1er juillet 1993, des agents des douanes et accises, qui maintenaient le requérant sous surveillance, le suivirent jusqu'à l'entrepôt en question, où il chargea la viande contenant la résine dans son camion. Le requérant déclara aux agents des douanes qu'il travaillait comme transporteur indépendant et ne savait pas que la viande recelait du cannabis.

Avant l'ouverture de son procès, l'accusation saisit le juge d'une requête unilatérale tendant à voir reconnaître une immunité d'intérêt public la dispensant de communiquer certaines pièces en sa possession. La défense se vit donner l'occasion d'exposer au juge les grandes lignes de son argumentation.

Lors du procès, l'argumentation développée par la défense consistait à dire qu'il ne savait pas qu'il y avait du cannabis caché dans la cargaison. Le requérant fut condamné à 10 ans d'emprisonnement.

EN DROIT (extraits)

« ...

42. Le requérant allègue que ... les procédures devant la Crown Court et la Cour d'appel ont violé les droits à lui garantis par l'article 6 §§ 1 et 3 b) et d) de la Convention...

51. Tout procès pénal, ..., doit revêtir un **caractère contradictoire** et garantir **l'égalité des armes** entre l'accusation et la défense : ... De surcroît, l'article 6 § 1 exige, comme du reste le droit anglais ... que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, **à charge comme à décharge** ...

52. Toutefois, le requérant l'admet d'ailleurs ..., **le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu**. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des **intérêts concurrents** – ... – qui doivent être **mis en balance avec les droits de l'accusé** ... Toutefois, seules sont **légitimes** au regard de l'article 6 § 1 les **mesures restreignant** les droits de la défense qui sont absolument **nécessaires** ... De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une **limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées** par la procédure suivie devant les autorités judiciaires ...

54. ... La défense fut avisée qu'une requête allait être introduite mais ne fut pas informée de la catégorie dont relevaient les éléments que l'accusation souhaitait ne pas devoir divulguer. Elle se vit **donner l'occasion d'exposer au juge les grandes lignes de son argumentation**, qui consistait à dire que le requérant avait pris livraison de la cargaison de viande conformément à des instructions reçues par téléphone la nuit précédente et qu'il **ignorait** que la viande contenait du cannabis, et elle invita le juge **à ordonner la divulgation de toutes** preuves se rapportant à ces faits allégués. Le juge examina les éléments en question et décida qu'ils ne devaient pas être divulgués. La défense ne fut pas informée des motifs étayant cette décision.

55. La Cour considère que **la défense a été tenue informée** et a eu l'occasion de formuler des observations et **de participer au processus décisionnel autant qu'il était possible** sans que lui fussent divulgués les éléments de preuve que, pour des motifs d'intérêt public, l'accusation souhaitait ne pas devoir communiquer ... Elle relève en particulier que **l'accusation ne s'est en l'occurrence**

nullement prévalue des éléments non divulgués, lesquels n'ont au demeurant **jamais été portés à la connaissance du jury**. ...

56. Le fait que la nécessité d'une divulgation fut **à tout moment sujette à l'appréciation du juge** fournit une garantie supplémentaire importante, dès lors que le magistrat avait l'obligation de vérifier **tout au long du procès** que la non-divulgation des preuves n'était pas contraire à l'équité. ... Il avait une **parfaite connaissance de l'ensemble des preuves** et **questions** soulevées par l'espèce ... il s'est trouvé en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci. ...

58. En conclusion, la Cour estime que le processus décisionnel a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et qu'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 en l'espèce.

... »

Annexe n° 16 : C.E.D.H., arrêt Fitt c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 4 – 33)

Selon l'accusation, le requérant projetait d'attaquer un fourgon de la poste britannique qui contenait des colis de grande de valeur. Les policiers étaient parfaitement au courant. Il agit avec deux autres complices. Tous furent appréhendés.

Avant que le procès ne débute, l'accusation saisit le juge de première instance d'une requête unilatérale tendant à l'obtention d'une dispense de divulguer certaines pièces à la défense, laquelle fut informée que les pièces en question se rapportaient à des sources d'information. Après avoir entendu les observations de la défense, le juge accueillit la requête de l'accusation.

Le requérant déclara qu'un complice lui avait demandé d'enterrer des paquets à un endroit bien précis du cimetière, à proximité de l'entrepôt de la poste. Il déclara ne rien savoir de l'attaque à main armée qui avait été projetée. Il soutint qu'il avait été impliqué à son insu dans l'association de malfaiteurs par un informateur, même s'il ne pouvait que spéculer quant à l'identité de celui-ci et à ses motivations.

EN DROIT (extraits)

« ...

37. Le requérant allègue que, prises ensemble, les procédures devant la Crown Court et la Cour d'appel ont violé les droits à lui garantis par l'article 6 §§ 1 et 3 b) et d) de la Convention ...

44. Tout procès pénal, ..., doit **revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes** entre l'accusation et la défense ... De surcroît, l'article 6 § 1 exige, ... que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, **à charge comme à décharge** ...

45. Cela dit, le requérant l'admet d'ailleurs ... le droit à une divulgation des preuves pertinentes **n'est pas absolu**. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des **intérêts concurrents** – ...

47. Le 23 mars 1994, l'accusation saisit le juge d'une **requête unilatérale** tendant à l'obtention d'une dispense de divulgation. La défense fut informée que les éléments en question se rapportaient à des sources d'information et put soumettre au juge des observations exposant les grandes lignes de son argumentation et sollicitant la divulgation de toute preuve y relative. **Hors la présence de la défense, le représentant de l'accusation décrit les preuves au juge, qui décida qu'elles ne devaient pas être divulguées.** Le juge expliqua que pour effectuer l'exercice de mise en balance il avait adopté le principe selon lequel « s'il existait des informations susceptibles d'aider la défense, [il] en ordonnerai[t] la divulgation ». L'accusation présenta le 25 avril 1994 une **seconde requête unilatérale**, qui fut suivie d'une **audience contradictoire consacrée** à la question de savoir si une déposition faite par C. après avoir plaidé coupable devait être communiquée à la défense. Au cours de cette audience, la **défense put présenter ses arguments** en faveur d'une divulgation et entendre ceux en sens contraire de l'accusation, ainsi que les motifs retenus par le juge pour ne pas ordonner une divulgation intégrale de la déposition. Si **le juge se prononça contre une divulgation intégrale** de la déposition litigieuse, au motif qu'elle mentionnait des sources d'information, la défense en obtint un résumé ...

48. La Cour considère que la défense **a été tenue informée et a eu l'occasion de formuler des observations et de participer au processus décisionnel** autant qu'il était possible sans que lui fussent divulgués les éléments de preuve que, pour des motifs d'intérêt public, l'accusation souhaitait ne pas devoir communiquer. ... Elle relève en particulier que l'accusation **ne s'est en l'occurrence nullement prévalu des éléments** non divulgués, lesquels n'ont au demeurant jamais été portés à la connaissance du jury. ...

49. Le fait que la nécessité d'une divulgation fut à tout moment **sujette à l'appréciation du juge** fournit une garantie supplémentaire importante, dès lors que le magistrat avait l'obligation de vérifier **tout au long du procès** que la non-divulgation des preuves n'était pas contraire à l'équité. Nul n'a prétendu que le juge n'était pas indépendant et impartial, au sens de l'article 6 § 1. Il avait une **parfaite connaissance de l'ensemble** des preuves et questions soulevées par l'espèce et, tant avant que pendant le procès, il s'est trouvé en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci. On peut de plus supposer ... qu'il a appliqué les **principes** qui avaient peu auparavant été dégagés par la Cour d'appel et qui voulaient, par exemple, que dans la **mise en balance de l'intérêt public** à dissimuler des preuves, d'une part, et de **l'intérêt de l'accusé** à se les voir communiquer, de l'autre, **un grand poids fut attaché à l'intérêt de la justice** ...

50. En conclusion, la Cour estime que le processus décisionnel a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et qu'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 en l'espèce.

... »

Annexe n° 17 : C.E.D.H., arrêt Rowe et Davis c. Royaume-Uni du 16 février 2000.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 4 – 33)

Plusieurs infractions ont été commises pendant la nuit du 15 au 16 décembre. Ces événements furent largement exposés par les médias. Une récompense fut offerte pour tout renseignement conduisant à la condamnation des auteurs des infractions. Une information importante parvint à la police selon laquelle les personnes responsables du meurtre et des autres infractions résidaient au numéro 25 Lawrie Park. À la suite des informations reçues par la police, des mandats de perquisition furent obtenus. Lors de la perquisition effectuée au no 25, la police découvrit dans la corbeille à papier de Rowe une broche dérobée au couple qui fut agressé dans le courant de cette nuit. D'autres éléments furent retrouvés et les habitants furent arrêtés au motif qu'on les soupçonnait de vols avec effraction aggravés.

Les trois accusés nièrent toute participation aux infractions. L'accusation s'appuya sur une série de témoignage.

Lors de l'audience d'appel, le représentant de l'accusation remit à ladite juridiction un document qui ne fut pas montré à l'avocat de la défense. Il y invitait la Cour d'appel à se prononcer sur une demande de dispense de divulgation et l'informait que la question présentait un degré de sensibilité tel que la requête devait être examinée dans le cadre d'un débat non contradictoire ou, à admettre la tenue d'une audience contradictoire, à la seule condition que les avocats de la défense prissent l'engagement de ne révéler ni à leurs sollicitors ni à leurs clients le contenu des informations en cause. Les deux avocats de la défense firent savoir qu'ils ne pouvaient, en conscience, prendre pareil engagement et ils quittèrent la salle d'audience. La requête fut alors examinée de manière non contradictoire.

Plus tard, la question fut réexaminée car les avocats de la défense avaient reconsidéré leur position, pour conclure qu'ils avaient eu tort de se retirer volontairement de la première audience. Dans son arrêt, la Cour d'appel rappela que c'était désormais au tribunal et non à l'accusation de décider si la divulgation s'imposait ou non toutefois, elle décida qu'il n'y avait pas lieu à divulgation.

L'avocat de la défense invita la Cour à divulguer le nom des personnes qui auxquelles une somme fut versée en guise de récompense qui rejeta la demande. En 1994, les requérants saisirent le ministère de l'Intérieur d'une demande de vérification des fondements de leur condamnation. Le ministre chargea la Commission de contrôle des procédures pénales de cette mission. Elle constata qu'il ressortait des documents de la police qu'un certain « Duncan », de longue date un informateur, avait déclaré que les requérants étaient les auteurs des infractions, avait reçu une récompense de 10 300 GBP et n'avait jamais déclaré que Johnson (le troisième coauteur) faisait partie des auteurs de l'infraction.

La CCRC conclut qu'il y avait une possibilité réelle que Johnson n'eût pas été impliqué dans les infractions, qu'il y avait certes des éléments rattachant les deux autres requérants (Rowe et Davis) aux infractions mais que la Cour d'appel devait avoir l'occasion de rechercher si les condamnations prononcées à l'encontre de Rowe et Davis tenaient toujours.

EN DROIT (extraits)

« ...

53. Les requérants allèguent que, prises ensemble, les procédures devant la Crown Court et la Cour d'appel ont violé les droits à eux garantis par l'article 6 §§ 1 et 3 b) et d) de la Convention...

60. Tout procès pénal ... doit revêtir un caractère contradictoire et **garantir l'égalité des armes** entre l'accusation et la défense ... De surcroît, l'article 6 § 1 exige, comme du reste le droit anglais ... que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, **à charge comme à décharge** ...

61. Cela dit, les requérants l'admettent au demeurant ... le droit à une divulgation des preuves pertinentes **n'est pas absolu** ...

63. Lors du procès en première instance des requérants, l'accusation décida, **sans en référer au juge**, de garder par-devers elle, au nom de l'intérêt public, certaines preuves pertinentes. Pareille procédure, où l'accusation s'emploie elle-même à apprécier l'importance des informations dissimulées à la défense, pour la mettre en regard de l'intérêt public à tenir ces informations secrètes, **ne saurait satisfaire aux exigences précitées de l'article 6 § 1.** ...

64. Certes, au début de **l'audience d'appel** le représentant de l'accusation avisa la défense que certaines **informations lui avaient été cachées**, sans toutefois révéler la nature de celles-ci, et à deux reprises, lors d'audiences non contradictoires où elle entendit les observations de la Couronne, la Cour d'appel se pencha sur les éléments dissimulés à la défense et se prononça pour leur non-divulgation.

65. Toutefois, la Cour considère que **cette procédure devant la Cour d'appel n'a pu remédier** au manque d'équité du procès résultant de l'absence de tout contrôle par le juge de première instance des preuves non communiquées à la défense. A la différence dudit magistrat, qui vit les témoins déposer et connaissait parfaitement l'ensemble des preuves produites et des questions soulevées, les juges de la Cour d'appel étaient tributaires, pour apprécier la possible pertinence des éléments non divulgués, des comptes rendus du procès devant la Crown Court et des explications fournies par le représentant de l'accusation. De surcroît, le juge de première instance aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées à un stade où de nouvelles questions surgissaient, où il eût été possible, en contre-interrogeant les témoins clés, d'entamer sérieusement la crédibilité de ceux-ci, et où il était toujours loisible à la défense de structurer son argumentation de diverses manières et de faire porter l'accent sur tel aspect plutôt que sur tel autre. Par contraste, la Cour d'appel fut obligée d'effectuer son appréciation ex post facto, et elle peut même avoir été influencée, sans en être consciente, par le verdict de culpabilité rendu par le jury et avoir ainsi sous-estimé l'importance des preuves non divulguées.

66. En conclusion, l'omission par l'accusation de produire les preuves litigieuses devant le juge de première instance, l'empêchant ainsi de statuer sur la question de la divulgation, a privé les requérants d'un procès équitable. Les faits de la présente espèce la distinguent de l'affaire Edwards précitée. Dans cette dernière, en effet, la procédure d'appel permit de remédier aux défauts qui avaient entaché celle de première instance car à ce stade la défense avait reçu la plupart des informations manquantes et la Cour d'appel eut la possibilité d'apprécier à la lumière d'arguments détaillés et pertinents présentés par la défense l'impact des nouveaux éléments sur la solidité de la condamnation (op. cit., p. 35, §§ 36-37).

67. Il en résulte qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

... »

Annexe n° 18 : C.E.D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 05 avril 2012.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 4 – 33)

Le requérant fut impliqué dans deux procédures. Alors que la procédure devant le tribunal administratif était pendante, une enquête contre le requérant fut ouverte par l'administration fédérale des contributions qui le soupçonnait de s'être soustrait à ses obligations fiscales.

Il demanda au tribunal administratif d'attendre les résultats définitifs de l'enquête pour soustraction d'impôt et proposa à la juridiction d'ordonner à l'administration cantonale des impôts de produire l'ensemble des relevés concernant les comptes bancaires du requérant. Le tribunal rejeta sa demande et confirma la décision de l'administration.

Concernant l'impossibilité du requérant d'avoir accès à l'ensemble des documents, la juridiction estima que la pratique des autorités administratives consistant à refuser l'accès à certains documents apportés à l'audience était « très discutable » car « le caractère incomplet du dossier fourni par l'autorité intimée » laissait penser qu'il pouvait contenir des documents favorables au requérant. Néanmoins, le tribunal administratif considéra que « l'attitude d'obstruction systématique » du requérant, sanctionnée par les amendes litigieuses, permettait de s'en tenir à la version des faits fournis par l'administration.

EN DROIT (extraits)

« ...

59. Le requérant allègue qu'il n'a pas été en mesure d'avoir accès à l'ensemble des pièces du dossier le concernant ...

61. La Cour rappelle que le droit à un procès pénal équitable implique que la défense **puisse avoir accès à l'ensemble des preuves entre les mains de l'accusation**, qu'elles soient en défaveur, ou en faveur, de l'accusé ... Les seules **restrictions** admissibles au droit d'accès à l'ensemble des preuves disponibles sont celles qui s'avèrent **strictement indispensables** ...

62. Par ailleurs, la procédure doit prévoir des **moyens adéquats** pour compenser cette restriction et éviter que des abus ne soient commis ... Ainsi, la Cour tient compte, par exemple, du fait que la question de l'opportunité d'une divulgation soit examinée par un magistrat indépendant et impartial ayant eu accès aux moyens de preuve litigieux et ayant, par voie de conséquence, été en mesure d'apprécier pleinement, et tout au long de la procédure, la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci ... Lorsque la communication d'informations tenues secrètes **n'a pas été** soumise au contrôle détaillé d'une juridiction au cours de la procédure de première instance, le manque d'équité de la procédure **ne peut être réparé en degré d'appel** que par une **communication totale et complète** des éléments litigieux ...

63. S'agissant, plus particulièrement, d'une procédure devant les juridictions administratives dans une affaire fiscale à caractère pénal, la Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer **qu'elle n'excluait pas** que la notion de procès équitable **puisse quand même comporter l'obligation**, pour le fisc, de consentir à fournir au justiciable certaines pièces **quand bien même celles-ci n'étaient pas spécifiquement invoquées par l'administration contre le requérant** ...

67. Au vu de ce qui précède, la Cour en déduit que **le refus de communiquer** au requérant l'intégralité du dossier détenu par l'administration **n'était pas justifié par des motifs en adéquation** avec les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour **en matière d'égalité des armes**. Le processus décisionnel n'a en outre pas été assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de

l'accusé. Celui-ci a donc été placé dans une situation de net désavantage (Bendenoun c. France, précité, § 52).

68. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que le droit à l'égalité des armes, tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention a été violé en l'espèce.

... »

Annexe n° 19 : C.E.D.H., arrêt Twalib c. Grèce du 09 juillet 2009.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 6 – 21)

Lors de sa première comparution à l'audience, l'avocat du requérant était absent. Le juge lui accorda une remise d'un mois. À cette date, l'avocat du requérant était à nouveau absent. La Cour demande à Me N., défenseur d'un coaccusé, d'assurer également la défense de Mr Twalib. Il accepta. Le juge ordonna une suspension d'audience pour permettre à l'avocat de consulter le dossier.

Le requérant fut condamné à la réclusion à perpétuité. Il fit appel de la décision. Un autre avocat l'assista. Il fut condamné à 12 ans d'emprisonnement.

EN DROIT (extraits)

« ...

36. Le requérant se plaint de ce que, l'avocat le représentant dans la procédure de première instance devant la chambre de trois juges de la cour d'appel d'Athènes n'ayant pas disposé du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 b) de la Convention, qui dispose dans sa partie pertinente

40. La Cour observe que, vu l'absence de l'avocat du requérant à l'audience, la juridiction de première instance a désigné, pour défendre M. Twalib, l'avocat de l'un des coaccusés. En dépit de la **gravité** de l'infraction dont le requérant était accusé et de la **complexité** de l'affaire, l'avocat n'a disposé que **d'un temps très court** pour compulser le dossier et préparer la défense de l'intéressé. Compte tenu de l'argument de M. Twalib selon lequel il y avait conflit d'intérêts entre son coaccusé et lui, on ne peut guère invoquer, pour défendre la brièveté de cette phase de préparation, l'argument que l'avocat était, en tant que représentant du coïnculpé, très au fait du dossier.

Il a dès lors existé, quant à l'équité de la procédure en première instance, des carences graves qui ont pu nuire à la situation du requérant.

41. Il faut cependant observer qu'en **appel**, lorsqu'il a été **représenté par un autre avocat**, le requérant a contesté sa condamnation et sa peine devant la chambre de cinq juges de la cour d'appel d'Athènes, habilitée à examiner en l'espèce toutes questions de fait et de droit et à infirmer le jugement entrepris ... Il ne ressort pas du dossier que l'avocat du requérant ait soutenu en appel que la condamnation fut sujette à caution et qu'il fallait ordonner un nouveau jugement en raison des déficiences de la représentation du requérant en première instance ; rien n'indique clairement non plus que la cour d'appel aurait pu supposer l'existence d'une irrégularité dans la procédure de première instance sans que son attention fut attirée sur la question ...

42. Quoi qu'il en soit, la chambre de cinq juges de la cour d'appel d'Athènes – **dotée de la plénitude de juridiction** – est parvenue à sa conclusion après une audience à laquelle assistaient le requérant et son conseil. Etant donné que M. Twalib a eu l'occasion de soulever à l'audience d'appel la question de l'irrégularité alléguée et que rien ne donne à penser que l'équité de la procédure d'appel puisse être remise en cause, la Cour estime qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 6 § 1 combiné avec le paragraphe 3 b) de cette disposition.

43. Cela posé, la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 b) combinés.

... »

Annexe n° 20 : C.E.D.H., arrêt Ocalan c. Turquie du 12 mai 2005.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 12 – 51)

Au cours de sa détention, le requérant a eu à plusieurs reprises l'occasion de rencontrer ses avocats de manière limitée dans le temps, sous surveillance et l'échange de toutes pièces entre ceux-ci étaient purement interdite.

Le dossier de l'affaire se composait de dix-sept mille pages et résultait de la jonction des dossiers de sept procédures déjà entamées contre le requérant par diverses cours de sûreté de l'Etat. L'accès des avocats à ce dossier ainsi qu'à l'acte d'accusation fut assuré le 7 mai 1999. Les autorités judiciaires n'ayant pu fournir une copie du dossier, les avocats apportèrent leur propre photocopieuse et finirent de le photocopier le 15 mai 1999. Les deux premières audiences se tinrent les 24 et 30 mars 1999.

Du 31 mai au 29 juin 1999, la cour de sûreté de l'Etat tint huit audiences. Les avocats du requérant se plaignirent devant la cour de sûreté de l'Etat des restrictions et des difficultés qu'ils rencontrèrent pour s'entretenir avec leur client.

EN DROIT (extraits)

« ...

145. En liaison avec la question de l'accès du requérant à son dossier, la Cour doit aussi établir si en l'espèce l'accès des avocats aux pièces du dossier a été restreint ou non, formellement ou en pratique, et, dans l'affirmative, si ces restrictions ont affecté l'équité de la procédure en cause.

146. Le principe de l'égalité des armes constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée par elle doit garantir que la défense jouisse d'une possibilité véritable de commenter les accusations ...

147. Dans la présente affaire,

- ⇒ l'acte d'accusation a été notifié au requérant et à ses avocats **le 24 avril 1999**.
- ⇒ Le dossier du procès a été mis à la disposition des conseils du requérant **le 7 mai 1999**, sans toutefois qu'une copie leur en ait été fournie.
- ⇒ Les avocats du requérant ont terminé de *photocopier* les documents le **15 mai 1999**.
- ⇒ Ils étaient en possession de l'ensemble du dossier de l'affaire à partir de cette dernière date **[15 mai 1999]**.
- ⇒ Deux semaines plus tard, **le 31 mai 1999**, les audiences devant la cour de sûreté de l'Etat ont débuté.
- ⇒ Les conseils du requérant ont été invités à présenter, lors de la huitième audience sur le fond tenue **le 23 juin 1999**, leurs conclusions finales en réponse au réquisitoire du parquet.

Au vu des circonstances, la Grande Chambre souscrit aux considérations de la chambre quant aux difficultés rencontrées par les avocats du requérant pour accéder au dossier du procès, difficultés amplifiées par les mêmes problèmes qu'a connus M. Öcalan de son côté :

« (...) les avocats du requérant ont reçu un dossier de 17 000 pages environ deux semaines avant le commencement des débats devant la cour de sûreté de l'Etat. Eu égard à l'impossibilité de communiquer les documents du dossier à leur client avant le 2 juin 1999 et d'obtenir sa contribution

dans l'examen et l'appréciation du contenu du dossier en raison des limitations imposées au nombre et à la durée de leurs visites, les avocats du requérant se sont trouvés dans une situation particulièrement difficile pour la préparation de la défense. La suite de la procédure n'a pas permis de pallier ces difficultés : le procès s'est poursuivi à un rythme soutenu ; les audiences, qui ont duré jusqu'au 8 juin 1999, se sont déroulées sans interruption ; le 23 juin 1999, les avocats du requérant étaient invités à présenter leurs conclusions sur tous les éléments du dossier, y compris sur les preuves recueillies lors des audiences.

...»

Annexe n° 21 : C.E.D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 02 juin 2005.

EN FAIT

1. Les circonstances de l'espèce (§§ 7 – 18)

Le requérant a été cité à comparaître pour répondre de faits de coups et blessures portés à P.H. et de coups et blessures qualifiés (car il en serait résulté une maladie paraissant incurable, une incapacité permanente de travail personnel, la perte de l'usage absolu d'un organe ou une mutilation grave, au sens de l'article 400 du code pénal) portés à D.H., frère cadet de P.H., ainsi que de coups et blessures portés à D.

La partie civile D. ayant déposé un rapport médical duquel il ressortait qu'elle conservait une invalidité permanente partielle suite aux coups reçus, le tribunal prononça, en date du 29 mars 1996, un jugement avant dire droit au pénal et au civil par lequel il désignait un médecin expert chargé d'examiner cette partie civile et ordonna que l'expertise respecte le prescrit des articles 962 et suivants du code judiciaire. A cet égard, le juge releva que « si l'expertise est en principe non contradictoire devant la juridiction répressive, l'introduction d'éléments de contradiction n'affecte en rien sa validité ».

Le ministère public fit appel du jugement du 29 mars 1996. La cour d'appel de Liège, par un arrêt du 21 novembre 1996, réforma la décision ordonnant une expertise médicale de la partie civile D. Elle avança les motifs suivants :

« Attendu que les dispositions des articles 962 et suivants du Code judiciaire relatifs aux expertises ordonnées en matière civile ne sont pas applicables à celles ordonnées par une juridiction répressive ;

Attendu que la preuve en matière répressive est régie par les dispositions du Code d'instruction criminelle et les principes de la procédure pénale ; que l'expertise est exécutée de manière non contradictoire, d'autant qu'il convient de ne pas retarder la solution de l'action publique ;

Attendu que pour savoir si le résultat voulu par l'article 6 de la Convention (...) a été atteint, il convient de prendre en compte l'ensemble des procédures internes dans l'affaire concernée et, s'agissant des critiques formulées vis-à-vis d'un rapport d'expertise, de vérifier si les parties ont eu le loisir de contester les constatations et les conclusions de l'expert ».

Ayant évoqué l'affaire, la cour d'appel rendit, en date du 16 janvier 1997, un arrêt avant dire droit par lequel elle ordonnait une mission d'expertise médicale à l'égard, cette fois, de la partie civile D.H. avec la mission de « décrire les blessures et lésions encourues à la suite des faits du 26.12.1993, de dire s'il en est résulté une maladie ou une incapacité de travail personnel (399 CP [article 399 du code pénal]), une maladie paraissant incurable, une incapacité permanente de travail personnel, la perte de l'usage absolu d'un organe ou une mutilation grave (400 CP [article 400 du code pénal]) ».

La Cour n'ordonna pas d'expertise pour D.

Elle déclara par contre établies la prévention relative à D.H., relevant que selon l'expertise celui-ci présentait des lésions entraînant une incapacité permanente (article 400 du code pénal), ainsi que la prévention relative à D., précisant que celle-ci devait être qualifiée de coups et blessures ayant entraîné une incapacité de travail personnel (article 399 du code pénal).

EN DROIT (extraits)

« ...

26. Le requérant se plaint de ce que l'expertise médicale ordonnée à l'égard de D.H. par la cour d'appel de Liège dans le cadre de son examen du fond de l'affaire, a été conduite sans respecter le principe du contradictoire...

29. La Cour rappelle que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 § 1 est le **caractère contradictoire** de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires à la présentation de sa défense et au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer la décision du « tribunal » ...

30. Par ailleurs, la Convention **ne réglemente pas le régime des preuves** en tant que tel. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1 ...

31. En l'espèce, il n'est pas contesté que la procédure devant les juges du fond s'est déroulée dans le respect du contradictoire. Tel n'est cependant **pas le cas de la procédure** d'expertise ordonnée le 16 janvier 1997 dans le cours de la procédure judiciaire. Si le requérant a pu formuler, devant la cour d'appel, des **observations** sur la teneur et les conclusions du rapport d'expertise qui lui fut communiqué, **la Cour n'est pas convaincue qu'il avait là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci.**

- ⇒ En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre **se confondait** avec l'une de celles qu'estimait devoir trancher la cour d'appel pour se prononcer sur la qualification pénale des faits reprochés au requérant : déterminer si les faits commis à l'égard de D.H. avaient causé à ce dernier une maladie ou une incapacité de travail personnelle au sens de l'article 399 du code pénal ou, alternativement, une maladie paraissant incurable, une incapacité permanente de travail personnelle, la perte de l'usage absolu d'un organe ou une mutilation grave au sens de l'article 400 du code pénal.
- ⇒ Or cette question ressortissait à un **domaine technique** échappant à la connaissance des juges.
- ⇒ Ainsi, bien que la Cour d'appel **ne fut pas juridiquement liée** par les conclusions de l'expertise litigieuse, celle-ci **devait influencer de manière prépondérante** son appréciation des faits et conférer à l'opinion de l'expert un poids tout particulier, comme la cour d'appel l'a elle-même constaté lorsqu'elle se prononça sur la question des frais de cette expertise et les mit à la charge du requérant.

32. Le requérant fut empêché de participer à la séance d'expertise du 4 avril 1997, alors que D.H., qui s'y était fait accompagner de son frère aîné P.H. lui-même partie à la procédure pénale en cause, s'était vu offrir la possibilité de se faire assister d'un conseil médical personnel. Pourtant, **aucune difficulté technique** ne faisait obstacle à ce que le requérant fut associé au processus d'élaboration de celui-ci, ladite expertise consistant en l'audition et l'examen de la partie civile D.H. et l'examen de pièces. En conséquence, le requérant n'eut pas la possibilité de contre-interroger, personnellement ou par l'intermédiaire de son avocat ou d'un conseil médical, les personnes entendues par l'expert, ... Dans de telles circonstances, le requérant **n'a pu faire entendre sa voix de manière effective** avant le dépôt du rapport de l'expertise en cause. La possibilité **indirecte** de discuter le rapport d'expertise dans des mémoires ou lors d'une des audiences d'appel **ne peut**, en l'espèce, passer pour un **équivalent valable du droit de participer à la séance d'expertise.** ...

33. L'article 6 § 1 de la Convention vise avant tout à préserver les intérêts des parties et ceux d'une bonne administration de la justice (voir, mutatis mutandis, Acquaviva c. France, arrêt du 21 novembre 1995, série A no 333-A, p. 17, § 66). En l'espèce, le respect du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, **exigeait que le requérant eût la faculté de soumettre efficacement ses commentaires sur un élément de preuve jugé essentiel par les juges du fond pour leur**

appréciation des faits. En effet, la **confiance** des justiciables dans le fonctionnement de la justice se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer utilement sur tout élément déterminant de l'affaire (voir, mutatis mutandis, F.R. c. Suisse, no 37292/97, § 39, 28 juin 2001 ; Pellegrini c. Italie, no 30882/96, § 45, 20 juillet 2001). Or cette possibilité ne lui a pas été donnée. Ce constat implique qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

... »

Questions préjudicielles :

1. « Les articles 47sexies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, et 47septies, § 2, combinés avec l'article 235ter, § 2, du Code d'instruction criminelle, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 CEDH, en ce que les personnes faisant l'objet de la méthode particulière de recherche d'observation **ne sont pas autorisées à contester la régularité de la méthode** particulière de recherche d'observation **au cours d'un débat contradictoire**, en présence de toutes les parties au procès, **sur la base de tous les éléments du dossier répressif** et en bénéficiant de l'audition contradictoire de témoins, alors qu'une catégorie d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable, parce qu'elles font l'objet d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique, peuvent contester la régularité des ordonnances de perquisition ou de l'ordonnance d'écoute téléphonique au cours d'un débat contradictoire, en présence de toutes les parties au procès, sur la base de tous les éléments du dossier répressif et en bénéficiant de l'audition contradictoire de témoins ? »;

Raisonnement de la Cour (extraits)

« ...

a) L'impossibilité pour l'inculpé et pour la partie civile de consulter le dossier confidentiel

...

B.9.4.2. Les articles 47septies et 47novies du Code d'instruction criminelle imposent la tenue, par le procureur du Roi qui autorise ou qui exécute une observation ou une infiltration, **d'un dossier ' séparé et confidentiel '**. Concernant l'observation et l'infiltration, le dossier confidentiel contient l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de recourir à ces techniques, autorisation qui mentionne les indices qui justifient le recours à la méthode, les motifs pour lesquels elle est indispensable, le nom ou la description des personnes visées, la manière dont la méthode sera exécutée, la période au cours de laquelle elle peut l'être et le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'opération (articles 47sexies, § 3, et 47octies, § 3). Le dossier confidentiel contient aussi l'autorisation accordée par le procureur du Roi aux fonctionnaires de police de commettre des infractions lors de l'exécution de la méthode de recherche (articles 47sexies, § 4, et 47octies, § 4), les décisions de modification, d'extension ou de prolongation (articles 47septies, § 2, et 47novies, § 2), et les rapports faits par l'officier de police judiciaire au procureur du Roi sur chaque phase de l'exécution de la méthode (articles 47septies, § 1er, et 47novies, § 1er).

B.9.4.3. L'existence d'un dossier confidentiel **n'implique pas que le dossier répressif ne contienne aucune donnée relative à la mise en œuvre des méthodes particulières** de recherche d'observation et d'infiltration. En effet, l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation ou de l'infiltration est chargé de rédiger un procès-verbal des différentes phases de l'exécution de celles-ci, **en n'y mentionnant toutefois aucun élément** de nature à compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat des indicateurs et des fonctionnaires de police impliqués. En outre, un procès-verbal doit faire référence à l'autorisation de mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration et les mentions visées à l'article 47sexies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'observation) ou à l'article 47octies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'infiltration) doivent figurer dans ce procès-verbal. Ces mentions sont les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation ou l'infiltration, les motifs pour lesquels l'usage de cette méthode est indispensable à la manifestation de la vérité, le nom ou une description de la personne ou des personnes sur lesquelles portent la méthode et la période au cours de laquelle l'observation ou l'infiltration peut être exécutée. Ces procès-verbaux, accompagnés de la décision écrite par laquelle le procureur du Roi ou le juge d'instruction confirme l'existence de l'autorisation d'observation ou

d'infiltration qu'il a accordée, sont joints au dossier répressif après qu'il a été mis fin à l'observation ou à l'infiltration (articles 47septies, § 2, et 47novies, § 2).

B.10. Dans le cadre du contrôle prévu par l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, **le ministère public soumet le dossier confidentiel aux magistrats de la chambre des mises en accusation. La partie civile et l'inculpé n'ont pas le droit de consulter le dossier confidentiel. Le juge d'instruction a un droit de consultation** lorsqu'il a lui-même autorisé une mesure d'observation ou lorsqu'une instruction est ordonnée dans une affaire dans laquelle il a déjà été procédé à une observation ou à une infiltration.

B.11.1. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont fondamentaux dans un Etat de droit. **Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense**, ainsi que le caractère contradictoire du procès, y compris en ce qui concerne la procédure, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. ...

Toutefois, le **droit de prendre connaissance** de tous les éléments de preuve de la partie poursuivante n'est **pas absolu**. Dans certains procès pénaux, il peut y avoir des intérêts divergents, tels que la **sécurité nationale, la nécessité de protéger les témoins ou de garder le secret sur des méthodes d'enquête**, qui doivent être mis en balance avec les droits du prévenu. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas divulguer certains éléments de preuve à cette partie en vue de préserver les droits fondamentaux d'une autre personne ou de garantir un intérêt général important.

L'ingérence dans les droits de la défense ne peut toutefois être justifiée que **si elle est strictement proportionnée à l'importance des objectifs à atteindre et si elle est compensée par une procédure qui permet à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure** (voir CEDH, 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004, Edwards et Lewis c. RoyaumeUni).

⇒ En réalité, la Cour européenne utilise le terme « divulgation » (voir notamment Edwards et Lewis, Jasper, Fitt, Rowe et Davis, précités).

B.11.2. L'objectif d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche est légitime et revêt une importance telle qu'il justifie que leur anonymat vis-à-vis des parties au procès et du public **soit absolument garanti**. La nécessité de garantir l'efficacité des méthodes mises en œuvre pour l'avenir en occultant certaines techniques peut aussi justifier qu'elles aient un caractère confidentiel.

B.12.1. Ainsi qu'il est mentionné en B.9.2, la Cour a toutefois jugé dans l'arrêt n° 202/2004 qu'il est porté atteinte aux exigences d'un procès équitable lorsque le dossier confidentiel ne peut faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial. **Par l'article 235ter** du Code d'instruction criminelle, le législateur entend **garantir un examen complet et effectif de la légalité des méthodes** particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration, sans toutefois renoncer, ce faisant, au caractère nécessairement secret de certaines informations du dossier confidentiel.

B.12.2. Le législateur a défini de manière **stricte et limitative** les données que les parties ne peuvent consulter. **La loi ne pourrait être contournée en mettant dans le dossier confidentiel des pièces qui doivent figurer dans le dossier répressif** (Doc. parl., Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/005, pp. 32, 36 et 66). Les données du dossier confidentiel ne peuvent servir de preuve au détriment de l'inculpé (ibid., pp. 66-67).

⇒ Il n'existe pourtant aucune sanction particulière.

B.12.3. Seuls les renseignements qui sont de nature **à compromettre la protection des exécutants et la mise en œuvre même des méthodes de recherche** ne peuvent être consultés par la défense. Il s'agit des informations relatives aux infractions que peuvent commettre les services de police et les

personnes visées à l'article 47quinquies, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle dans le cadre de l'observation (article 47sexies, §§ 4 et 7) ou de l'infiltration (article 47octies, §§ 4 et 7), étant donné que ces informations sont de nature à compromettre l'identité et la sécurité des personnes concernées et l'utilisation même de la méthode de recherche.

Toutes les autres informations relatives à la mise en œuvre et à l'exécution de ces méthodes de recherche doivent figurer dans le dossier répressif, qui peut être consulté par la partie civile et l'inculpé dans le cadre de la procédure visée à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle. Ce dossier contient des renseignements concernant la mise en œuvre et la nature des méthodes de recherche utilisées, les motifs justifiant cette utilisation et les phases successives de leur mise en œuvre. Les parties ont connaissance de l'exécution des méthodes particulières de recherche autorisées d'observation et d'infiltration et, contrairement à ce que soutiennent certaines parties requérantes, l'inculpé pourra invoquer l'interdiction d'utiliser la provocation, inscrite à l'article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Lorsque la chambre des mises en accusation entend le juge d'instruction et que celui-ci peut consulter le dossier confidentiel, les parties ont la garantie que le juge d'instruction, qui instruit à charge et à décharge, veille à la légalité des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ces preuves sont recueillies.

B.12.4. La volonté manifestée par le législateur de lutter efficacement contre la criminalité grave et la nécessité, pour ce faire, de garder secrètes certaines données sensibles seraient compromises si, dans ce type de criminalité, les inculpés pouvaient, dans le cadre du contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation, avoir accès à ce dossier. **Il n'est pas déraisonnable d'organiser une procédure qui diffère de celles pour lesquelles le secret n'est pas nécessaire et dans lesquelles les parties peuvent consulter toutes les pièces du dossier répressif.**

B.12.5. En ce qu'ils **critiquent l'impossibilité** pour la partie civile et l'inculpé **de consulter** le dossier confidentiel, dans le cadre du contrôle par la chambre des mises en accusation de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, **les moyens ne sont pas fondés.**

... »

Annexe n° 23 : C. Const., 19 juillet 2007, n° 105/2007.

Recours en annulation :

Totale ou partielle de la loi du 27 décembre 2005 « portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée ».

B.1. Par la loi attaquée, le législateur entend, d'une part, se conformer à l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, par lequel la Cour a annulé un certain nombre de dispositions qui avaient été insérées dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 6 janvier 2003 et, d'autre part, tenir compte de la nécessité d'élargir le champ d'application de certaines méthodes de recherche et d'enquête qu'avait révélée l'application de ces méthodes.

Le lecteur trouvera en page 36 de l'arrêt le plan suivi par la Cour constitutionnelle pour répondre aux arguments des parties.

Raisonnement de la Cour (extraits)

« ...

6. Le contrôle judiciaire de l'application des méthodes particulières de recherche (articles 7 à 14, 22 à 25 et 27) (B.9). La cour examinera plus particulièrement :

- a) l'impossibilité pour l'inculpé et pour la partie civile de consulter le dossier confidentiel (B.9.4 à B.12.5);
- b) l'impartialité contestée de la chambre des mises en accusation (B.13);
- c) l'audition séparée des parties et le caractère non contradictoire de la procédure (B.14.1 à B.14.5);
- d) le délai de consultation du dossier répressif (B.14.6);
- e) la procédure de contrôle, par la chambre des mises en accusation, du dossier confidentiel et du dossier répressif (B.15);

B.9.1.3. L'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle charge la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration. Le contrôle est obligatoire et a lieu lors de la clôture de l'information, avant que le ministère public ne procède à la citation directe, ou à la fin de l'instruction, lorsque le juge d'instruction transmet son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle ...

B.9.2. En insérant les articles 235^{ter}, 235^{quater}, 189^{ter} et 335^{bis} dans le Code d'instruction criminelle, le législateur a tenu compte de l'arrêt n° 202/2004 ...

B.9.4.1. Selon les parties requérantes, les dispositions attaquées violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que, **dans le cadre du contrôle** exercé par la chambre des mises en accusation concernant l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, **la partie civile et l'inculpé ne peuvent consulter le dossier confidentiel**, alors que la régularité d'autres méthodes de recherche peut être contestée soit devant les juridictions d'instruction, soit devant les juridictions de jugement, sur la base de tous les éléments du dossier répressif...

B.12.5. ... **les moyens ne sont pas fondés.**

B.13.1. Les parties requérantes critiquent ensuite l'attribution du contrôle du dossier confidentiel à la **chambre des mises en accusation alors que cette juridiction d'instruction devra statuer, au cours d'une phase ultérieure, et éventuellement dans la même composition, sur le règlement de la procédure**, et alors qu'elle prendra sa décision en consultant le dossier confidentiel et donc en ayant pris connaissance d'éléments qui, ignorés des parties, n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire.

B.13.4. **Le caractère équitable** d'un procès doit être examiné **compte tenu de l'ensemble du déroulement de la procédure**. Le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation est exercé au cours de la phase préparatoire du procès, avant que soient saisies de l'affaire les *juridictions de jugement*, lesquelles *ne peuvent elles-mêmes consulter le dossier confidentiel et ne sont donc pas traitées*, sur ce point, *autrement que les parties*. Ces juridictions **ne décideront donc pas** sur la base de données qu'elles connaîtraient et qui seraient ignorées des parties, de sorte qu'il n'est pas porté atteinte aux exigences du procès équitable.

B.13.5. ... les moyens ne sont pas fondés.

B.14.4. Le législateur a pu estimer **qu'un contrôle effectif** du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation exige qu'elle puisse procéder aux auditions mentionnées en

B.14.2. Afin d'assurer la confidentialité des données sensibles, il est justifié qu'un tel examen puisse avoir lieu en **l'absence des parties**.

Bien que le débat devant la chambre des mises en accusation ne soit pas contradictoire, la loi garantit que **toutes les parties concernées seront entendues**, de sorte que **la juridiction d'instruction est informée de la façon la plus complète** possible avant de décider. Les parties ayant la faculté de consulter au préalable le dossier répressif, qui contient, sauf les données sensibles, toutes les informations relatives aux méthodes de recherche utilisées, elles peuvent présenter une défense utile (comp. CEDH, 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, §§ 55 et 56).

⇒ La Cour européenne souligne cependant d'autres garanties que l'on ne retrouve pas dans la procédure belge :

56. Le fait que la nécessité d'une divulgation fut **à tout moment** sujette à l'appréciation du juge fournit une garantie supplémentaire importante, dès lors que le magistrat avait l'obligation de vérifier **tout au long du procès** que la **non-divulgation** des preuves n'était pas contraire à l'équité. ... Il avait une **parfaite connaissance de l'ensemble des preuves** et questions soulevées par l'espèce et, tant avant que pendant le procès, il s'est trouvé en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci. ... que le magistrat a appliqué les principes qui avaient peu auparavant été dégagés par la Cour d'appel et qui voulaient, par exemple, que dans la **mise en balance de l'intérêt public à dissimuler des preuves, d'une part, et de l'intérêt de l'accusé à se les voir communiquer, de l'autre, un grand poids fut attaché à l'intérêt de la justice**, et ...

B.14.5. En ce que le contrôle prévu par l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle porte sur le dossier confidentiel, et compte tenu de ce que les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, **les droits de la défense ne sont pas affectés de manière disproportionnée par le fait que les parties sont entendues séparément**.

B.14.6. Comparé aux délais applicables lors d'autres comparutions devant les juridictions d'instruction, le délai de 48 heures, prévu à l'article 235^{ter}, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle pour la consultation du dossier répressif par les parties, **ne peut être considéré comme trop bref**.

Annexe n° 24 : C. Const., 30 avril 1997, n° 024/1997.

Questions préjudicielles :

« Les règles légales applicables à l'expertise en matière pénale, plus particulièrement les articles 43, 44 et 148 du Code d'instruction criminelle, interprétés en ce sens qu'ils n'obligeraient pas l'expert désigné par le juge du fond en matière pénale à respecter les règles de la contradiction prévues, en matière civile, par les articles 962 et suivants du Code judiciaire, et plus particulièrement les articles 965, 972, 973, 978 et 979 du Code judiciaire, violent-elles les articles 10 et 11 de la Constitution ? »

« Les règles applicables à l'expertise en matière pénale, plus particulièrement les articles 43, 44 et 148 du Code d'instruction criminelle, interprétés en ce sens qu'ils n'obligeraient pas l'expert désigné par le juge du fond en matière pénale et sur intérêts civils à respecter les règles de la contradiction prévues, en matière civile, par les articles 962 et suivants du Code judiciaire, et plus particulièrement les articles 965, 972, 973, 978 et 979 du Code judiciaire, violent-elles les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ? »

Raisonnement de la Cour (extraits)

« ...

B.3. Il existe ainsi une **différence de traitement** entre parties à un procès devant des juridictions civiles et parties à un procès devant des juridictions pénales, les premières étant les seules pour lesquelles le déroulement de l'expertise ordonnée par le juge revêt obligatoirement un caractère contradictoire.

B.4. **Les règles constitutionnelles de l'égalité** et de la non-discrimination **n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes**, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée ...

B.5. La Cour est interrogée uniquement quant au caractère non contradictoire de l'expertise lorsque c'est un juge pénal en sa qualité de juge du fond qui désigne un expert. **Elle se limite à l'examen de l'expertise ordonnée à ce stade de la procédure.**

B.6. La différence de traitement est en relation avec un critère objectif en raison de la nature de la juridiction saisie, même au stade de l'examen des intérêts civils.

B.7. Tant lorsque le juge statue sur les poursuites pénales que lorsqu'il statue sur l'action civile - les intérêts de la partie civile ne se distinguant pas de ceux de toute partie à un procès civil et l'objet de l'expertise pouvant être identique -, la différence de traitement en cause ne peut être justifiée. La procédure est, dans ces phases, contradictoire; l'absence de caractère contradictoire de l'expertise aboutit à ce que la recherche de la preuve puisse se faire au prix d'une atteinte aux droits de défense, ceux-ci ne pouvant s'exercer que lors de la discussion du rapport au cours des débats à l'audience.

La possibilité de contester ultérieurement un rapport d'expertise judiciaire **n'assure pas** nécessairement le **respect des droits de défense**. L'ancienneté des faits, la disparition d'indices matériels, l'impossibilité de faire procéder à des devoirs qui ne peuvent s'accomplir que dans un temps proche des faits litigieux : tous ces éléments réduisent les chances de pouvoir contester utilement les conclusions d'une expertise à laquelle on n'a pas pu participer. A supposer que celui qui critique une expertise obtienne du juge qu'il en ordonne une nouvelle, celle-ci ne sera pas obligatoirement contradictoire et ne permettra donc pas dans tous les cas la confrontation des points de vue.

Interprétées en ce sens qu'elles n'obligeraient pas l'expert désigné par le juge du fond en matière pénale à respecter les règles de la contradiction, les dispositions mentionnées dans la question préjudicielle **violent les articles 10 et 11** de la Constitution lus isolément ou combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

... »

Annexe n° 25 : C. Const., 24 juin 1998, n°074/1998.

Questions préjudicielles :

« Les règles légales applicables à l'expertise en matière pénale, plus particulièrement les articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle et 10 de la loi du 1er juin 1849 sur la révision des tarifs en matière criminelle, interprétés en ce sens qu'ils n'obligeraient pas l'expert désigné par le Parquet dans le cours de l'information pénale, à respecter les règles de la contradiction prévues en matière civile, par les articles 962 et suivants du Code judiciaire ou à tout le moins un minimum de règles de la condition [lire : contradiction], violent-elles les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? »

Raisonnement de la Cour (extraits)

« ...

B.3. Les différences de traitement à propos desquelles la Cour est interrogée sont celles qui apparaissent **entre parties à un procès au cours duquel une expertise est produite**, suivant que cette expertise a été ordonnée par le juge du fond, civil ou pénal, d'une part, ou par le ministère public ou le juge dans le cours de l'information ou de l'instruction, d'autre part : ces deux derniers cas sont les seuls pour lesquels le déroulement de l'expertise ne revêt pas obligatoirement un caractère contradictoire.

B.4. Le fait que l'expertise est obligatoirement contradictoire lorsque le juge du fond - civil ou pénal - l'a ordonnée et non lorsqu'elle est ordonnée au stade de l'information ou de l'instruction implique une différence de traitement en relation avec un **critère objectif** : la **phase**, préparatoire ou non, du procès au cours de laquelle l'expertise a lieu.

B.5. Le caractère contradictoire de l'expertise ordonnée par le juge du fond est cohérent avec l'attribution de ce même caractère à l'ensemble de la procédure à suivre dès que ce juge est saisi. En revanche, **lorsque l'expertise est ordonnée par le ministère public** dans le cours de l'information ou par le juge d'instruction dans le cours de l'instruction, il faut tenir compte de ce que le législateur a voulu que la procédure pénale soit encore **inquisitoire** à ces stades afin, d'une part, compte tenu de la **présomption d'innocence, d'éviter de jeter inutilement le discrédit sur les personnes, d'autre part, dans un souci d'efficacité, d'être en mesure d'agir vite, sans alerter les coupables**.

Ces objectifs sont de telle nature que le législateur a pu les regarder comme primordiaux, ce qui n'empêche pas qu'il puisse, sans violer le principe d'égalité, tempérer cette option et déterminer dans quels cas et à quelles conditions une expertise doit être contradictoire, même au stade de l'information ou de l'instruction.

B.6. La Cour constate que le système actuel **ne porte pas en soi atteinte aux règles du procès équitable**. *D'une part*, les textes soumis à son contrôle doivent s'interpréter comme n'interdisant pas que l'expertise soit rendue contradictoire lorsque le magistrat qui l'ordonne au stade de l'information ou de l'instruction estime qu'en l'espèce la contradiction ne porte pas atteinte aux objectifs mentionnés en B.5. D'autre part, aucun texte ne lie l'appréciation du juge du fond aux constatations ou aux conclusions d'une expertise, et cette appréciation peut tenir compte du caractère contradictoire ou non de celle-ci.

B.7. Il résulte des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre par la négative à la question ... »

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

