

LE DROIT DE DÉFENSE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION (1990-2003)

Traduction du discours prononcé par Monsieur Jean du Jardin, Procureur général près la cour de cassation, à l'audience solennelle de rentrée le 1^{er} septembre 2003.

1. Le concept de "droit de défense"

- 1.1 Le concept de "droit de défense"
- 1.2. Le droit de défense, en tant que *principe général du droit*
- 1.3. La reconnaissance du droit de défense par la Convention européenne des droits de l'homme.

2. Le droit de défense au cours du procès pénal.

- 2.1. Les limites mises au secret de l'instruction, en fonction du droit de défense.
- 2.2. La présomption d'innocence, corollaire du droit de défense
- 2.3. La problématique de la preuve et le droit de défense
- 2.4. Les présomptions en matière pénale
- 2.5. Le témoignage - conditions d'admissibilité
 - 2.5.1. Le droit de défense et le témoignage anonyme
 - 2.5.2. La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins
- 2.6. La preuve illégalement obtenue
- 2.7. Le retrait des pièces du dossier et le droit de défense
- 2.8. L'admissibilité de la preuve
- 2.9. La procédure de purge dans l'intérêt, notamment, du droit de défense
- 2.10. L'expertise dans le cours du procès pénal.
- 2.11. Les énonciations obligatoires de la citation

3. Le droit de défense et le principe du contradictoire au pénal

- 3.1. Le principe du contradictoire
- 3.2. Le principe du contradictoire en matière pénale
- 3.3. Le droit de défense et la requalification
- 3.4. La conviction du juge et les éléments de fait non soumis à contradiction
- 3.5. Poursuite d'une personne morale et de la personne habilitée à la représenter
- 3.6. Le droit de défense et l'exigence du délai raisonnable
- 3.7. Le droit de défense vis-à-vis de la motivation de la peine – art. 195, C.I.cr.
- 3.8. Le droit de défense et la chose jugée au pénal.

4. Le principe du contradictoire en matière civile

- 4.1. Le principe du contradictoire
- 4.2. Le droit de réplique, composante du droit de défense.
- 4.3. La communication de pièces pendant le délibéré
- 4.4. Le droit de se faire représenter en justice
- 4.5. Le principe dispositif, expression essentielle du droit de défense
- 4.6. Le droit de défense et le dépôt de conclusions

5. Droit de défense et procédure disciplinaire

- 5.1. Droit de défense et procédure disciplinaire.
- 5.2. Le principe du contradictoire en matière disciplinaire

6. Le droit de défense devant la Cour de cassation.

7. Encore quelques questions particulières, où intervient le droit de défense.

- 7.1. Le droit de défense de l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs
- 7.2. Le droit de défense et la procédure de faillite.
- 7.3. Caractère contradictoire de la procédure en matière fiscale.
- 7.4. Récusation et droit de défense:
- 7.5. Le droit de défense devant les autorités ecclésiastiques

8. Conclusions

Le droit de défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003)

Les matières à l'égard desquelles le droit de défense est pris en considération sont abondantes, dès lors que le champ d'application de ce droit recouvre en principe toutes les procédures, à toutes les phases de l'instance, même avant la phase strictement juridictionnelle, dans quelque discipline que ce soit, et sans distinction de parties.

On peut même dans l'analyse de ce droit faire des rapprochements avec les questions relevant du principe du contradictoire, de la motivation des jugements, de l'exercice des voies de recours, du principe de l'égalité des armes etc..⁽¹⁾.

Il eût été présomptueux et déraisonnable de vouloir examiner, fut-ce sur une période limitée à une douzaine d'années, toute la jurisprudence de notre Cour consacrée au droit de défense.

La lecture de la Pasicrisie révèle d'ailleurs de manière significative que le moyen tiré d'une violation du droit de défense est souvent rejeté, la Cour constatant que dudit moyen aucune violation de ce droit ne peut se déduire. Il nous a paru, par contre, intéressant de relever quelques cas significatifs dans lesquels la Cour a reconnu, non pas l'existence du droit de la défense - ce qu'elle n'a jamais cessé de faire- mais sa violation. En relevant ces cas, il devient possible de mieux dessiner les contours du concept, "d'autant plus, comme l'écrivent Franchimont, Jacobs et Masset, qu'il s'agit d'une matière en évolution et qui ne cesse de se préciser au gré des cas soumis aux cours et tribunaux" ⁽²⁾.

Mais, comme ces auteurs le font judicieusement observer: "les droits de défense étant des moyens mis à la disposition des parties pour que leur cause soit entendue équitablement et conformément à l'idée de justice qui préside notre système judiciaire, ce n'est que *dans la mesure où une partie a effectivement demandé, sans résultat, le respect de ses droits, qu'il peut y avoir violation des droits de la défense. La cour de cassation ne cesse de réaffirmer ce principe, en vertu duquel une violation de ces droits ne peut être invoquée pour la première fois devant elle, sous réserve - et la réserve est importante- des violations d'une règle essentielle de la justice, telle qu'elle en entrave fondamentalement le cours*" (o.c., p. 813, et la note 260).

Depuis les origines de notre Cour, le droit de défense a été l'objet de toute son attention.

¹ G. de Leval, "Institutions judiciaires", Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, n° 16, pp. 28 et 29.

² Franchimont, Jacobs et Masset, "Manuel de procédure pénale", Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1989, p.806.

Le plus souvent les griefs relatifs à la manière dont la défense des accusés avait été assurée dans les procédures d'assises, ne donnaient pas lieu à nullité; rares étaient, en effet, les cas donnant lieu à cassation.

Je me limiterai à ne donner que quelques exemples de la manière dont le droit de défense était, à cette lointaine époque, pris en considération, tout en n'étant pas explicitement désigné comme tel dans les sommaires des arrêts:

- La nullité résultant de ce que, lors de l'interrogatoire de l'accusé qui n'avait pas fait choix d'un *défenseur*, il ne lui en a pas été désigné un d'office n'est pas couverte par une désignation faite postérieurement à son interrogatoire et à laquelle il n'a aucunement concouru.

(Cass., 5 juillet 1833, *Pas.*, 1833, p. 126).

- La circonstance que l'avocat qui présente la défense de l'accusé ne fut pas le même que celui qui avait été désigné d'office, ne constitue pas une cause de nullité, lorsque aucune réclamation n'a été élevée de ce chef.

(Cass., 11 novembre 1837, *Pas.*, 1838, n° 155).

- L'absence des pièces qui doivent concourir à mettre les jurés à même de se livrer à une complète appréciation des charges et des moyens de défense, peut compromettre soit les intérêts de l'accusation, soit ceux de la défense.

(Cass., 10 janvier 1834, *Pas.*, 1834, p. 203).

- Par contre tout importante que puisse être la représentation à l'accusé des pièces à conviction, «néanmoins la loi ne statue pas la peine de nullité à défaut de cette représentation».

(Ch. de cassation de la Cour de La Haye, 17 avril 1829, *Pas.* 1814-1830, Vol. VIII, T. II, 151).

- Le droit qu'a l'accusé de questionner les témoins n'enlève pas au président de la cour d'assises et à la cour elle-même de décider s'il y a lieu de poser les questions.

(Cass., 21 mars 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 187).

- L'omission de la part du président de la cour d'assises de demander à l'accusé s'il veut répondre aux dépositions des témoins ne doit pas entraîner la nullité des débats. L'accusé qui ne s'y est pas opposé ne peut se plaindre de ce que les témoins ont été autorisés à se retirer après leur déposition.

(Cass., 16 juillet 1851, *Pas.*, 1851, I, p. 334).

- La représentation d'un prévenu par un avoué en correctionnelle ne peut vicier la procédure, alors surtout que ni le ministère public, ni la partie civile n'ont élevé aucune réclamation.

(Cass., 2 janvier 1836, *Pas.*, 1836, p. 170).

- Le prévenu ne peut se faire un moyen de ce qu'il n'aurait pas eu la réplique, surtout alors qu'il n'est pas établi que l'on aurait réclamé l'exercice de ce droit

(Cass., 8 janvier 1855, *Pas.*, 1855, p. 32).

- Par contre la Cour de cassation de France avait déclaré qu' "un accusé ne peut renoncer à l'observation des formes prescrites en sa faveur, et (...) par son acquiescement il ne saurait couvrir la nullité qui doit résulter de leur inobservation".

Cass. fr., 11 juillet 1822, *Bull.*, 1822, Tome XXVII, n° 96.

- Un condamné ne peut se plaindre devant la Cour de cassation de ce que, dans l'instruction de l'affaire, on ne se serait pas livré aux expertises et aux expériences utiles à sa défense, lorsqu'il n'a été élevé de ce chef aucune

réclamation, et lorsque d'ailleurs il pouvait lui-même prendre ces informations devant la Cour d'assises.

(Cass., 6 mai 1845, *Pas.*, 1845, p. 20).

Faut-il préciser qu'en matière civile également le droit de défense était reconnu: par exemple dans une procédure en conciliation "le délai donné par la loi pour comparaître étant calculé sur ce qui est nécessaire au défendeur pour pouvoir (...) préparer sa défense, la loi ne pouvait abandonner à l'une des parties le droit de la modifier à son gré, et de mettre ainsi son adversaire dans le cas, ou de ne pas comparaître, ou de présenter une défense incomplète".

(Bruxelles, 18 avril 1831, *Pas.*, 1831, II, p. 99).

Sans se risquer à généraliser à partir d'un échantillon aussi restreint, on peut néanmoins déjà constater que le respect du droit de défense ne constitue pas un impératif absolu, détachable de l'ensemble de la procédure, insensible aux droits des autres parties, ou imperméable aux impératifs de la recherche ou de la manifestation de la vérité, c'est-à-dire d'une bonne administration de la justice.

Qu'en est-il aujourd'hui où ces droits sont exercés dans un Etat de droit, soumis à une législation non seulement nationale mais également supranationale, essentiellement celle des droits de la Convention européenne? Tel est l'objet de notre analyse.

*

1. Le concept de "droit de défense" (³)

1.1 Le concept de "droit de défense"

Le concept n'est pas proclamé d'une manière formelle en tant que règle, quoiqu'il soit admis qu'il représente une valeur fondamentale dans tout Etat de droit. Il est même considéré comme un droit naturel, appartenant à la conscience collective avant même de relever du droit positif.

Il exprime l'idée que nul ne peut être juge dans sa propre affaire ("*nemo iudex in causa propria*"), que nul ne peut se faire justice à soi-même, et surtout qu'il est interdit au juge de statuer sans avoir écouté l'argumentation des parties ("*audiatur et altera pars*"). C'est "*la droite raison autant que la nature des*

³ C'est intentionnellement que je traite non pas *des droits de la défense*, mais du *droit de défense*, à l'instar du Procureur général Hayoit de Termicourt (voir son discours du 15 septembre 1956, *Pas.*, 1956); le singulier suggère mieux l'existence du principe, tandis que le pluriel viserait plutôt ses applications.

choses" ⁽⁴⁾) qui impose que les plaideurs soient traités par le juge dans l'égalité.

Le droit de défense est ainsi d'emblée associé à toute contestation qui porte sur un droit ou sur un intérêt. En cela il est inhérent à tout acte juridictionnel, dont il est le corollaire nécessaire; son respect constitue la garantie d'une bonne justice.

C'est ce qu'a dit la Cour en son audience plénière du 19 juin 1992 (n° 552). Cet arrêt concernait une procédure menée devant la Cour des comptes. Dans d'importantes conclusions, M. l'avocat général Marc De Swaef faisait observer: "dat het recht van verdediging geen begrip (is) dat losstaande moet worden benaderd. Het dient te worden getoetst, enerzijds aan het ganse systeem waarin het wordt ingepast, anderzijds aan de concrete situatie van de rechtsonderhorige die er zich kan op beroepen (...). Hoe dan ook liggen de krachtlijnen voor de toekomst duidelijk vast: aan een verdere procedurisering en formalisering met beklemtoning en nadere uitwerking van het recht van verdediging zal het Rekenhof wellicht niet kunnen ontsnappen. (...). Door de vervulling van deze algemene rechtsbeginselen ook aan te houden en te vereisen, bij de rechtspleging voor het Rekenhof, zal uw Hof in wezen slechts aansluiten bij de rechtspraak die het in de regel voor de andere gerechten ter zake huldigt" (A.C., 1991-1992, pp. 1003-1007).

Je tiens encore à relever ce passage des conclusions précitées dans lequel l'avocat général fait état d'une "substantiële accentverschuiving (...) naar de erkenning van het recht van verdediging (...) die wortelt (...) in een vertrouwde voedsingsbodem en sluit (...) enkel nauwer aan bij de huidige denkbeelden inzake het relatieve evenwicht tussen de rechten en plichten in elk procesgebeuren" (ibid., p. 1008). On ne pouvait mieux dire.

1.2. Le droit de défense, en tant que *principe général du droit*

Ni la loi, qui y fait très occasionnellement allusion (par exemple, dans l'article 2 du Code judiciaire), ni la jurisprudence, qui s'y réfère pourtant abondamment, n'ont défini ou tenté de définir le concept de *principe général du droit*.

Le procureur général W.J. Ganshof van der Meersch a relevé dans sa mercuriale du 1 septembre 1970 que c'est surtout depuis 1961 que la jurisprudence de la Cour s'est affirmée à cet égard ⁽⁵⁾.

⁴ H. Motulsky, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile", dans Mélanges Paul Roubier, T. II, Paris, Librairie Dalby et Sincy, 1961, p. 181.

⁵ "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *Bull. et Pas.*, 1971, p. 49, note 220. Il cite, par ex., Cass., 2 mai 1961, *Bull. et Pas.*, 1961, p. 926, qui concerne précisément, en matière d'impôts directs, le droit de défense en tant que "principe général de droit inséparable de l'acte de juridiction". Mais il y avait déjà consacré des conclusions précédant l'arrêt du 14 juin 1956, dans lequel on peut lire que "lorsque la matière n'est pas prévue dans la loi, le juge à l'obligation de juger d'après les principes généraux (*Pas.*, 1956, (1111) 1116 e.s.; - à la même époque le procureur général Hayoit de Termicourt en avait déjà rappelé les origines et les fondements dans son discours du 15 septembre 1956, intitulé "Un aspect du droit de défense" (*Bull. et Pass.*, 1956, p. 3); - J. Sace, "Quelques réflexions sur les principes généraux du droit", dans Mélanges Philippe Gérard, Bruxelles, Bruylant, 2002, 79-88.

Mais il convient de rappeler que ce n'est pas la jurisprudence qui a créé le principe; elle n'a fait que constater l'existence de ce qu'elle considère comme un élément incontournable de l'ordre juridique, qui n'est même pas formulé dans la loi. "C'est, avait dit le procureur général, que son existence est si certaine que le législateur estime ne pas devoir le constater dans un texte de loi" (Ibid., p. 50). Et il ajoutait "La forme n'est pas l'essentiel; la loi, sous sa forme écrite, n'est qu'un aspect formel de la norme juridique. L'essentiel est que la règle de droit -écrite ou non écrite- soit certaine, acceptée et suffisamment précise pour pouvoir être sanctionnée" (ibid., p. 53).

Il n'en demeure pas moins que le législateur peut vouloir en régler l'exercice dans des matières déterminées; même sans s'y référer explicitement, le principe du respect du droit de défense s'y trouvera inclus comme un filigrane.

Dans ces cas le juge ne pourrait pas aller à l'encontre du texte de la loi, auquel il est tenu de se référer par priorité. Ceci peut expliquer pourquoi la jurisprudence qui se réfère explicitement au droit de défense est relativement peu abondante, par rapport à la jurisprudence, nombreuse celle-là, concernant des matières particulières réglant certains aspects de l'exercice de ce droit.

A partir de ces considérations, il ne peut plus être question de limiter l'application du principe général du droit aux seules contestations portées devant un juge.

Bien au contraire, en érigeant le droit de défense au rang de principe général, la Cour de cassation en a affirmé le caractère *général* dans toute instance et devant toute juridiction, quoiqu'il n'ait pas paru indispensable au législateur de lui octroyer une reconnaissance légale, c.-à-d. d'exprimer son existence dans la loi, en d'autres mots de le relier à un texte. "C'est que (son) existence est si certaine qu'elle ne doit pas être constatée dans un texte de loi" ⁽⁶⁾.

Les cas où le droit de défense doit pouvoir être exercé sont d'ailleurs tellement nombreux et variés, qu'il ne serait pas possible de disposer d'un arsenal de textes qui soit exhaustif, sans encourir le risque d'encombrer les lois, tout en n'ayant même pas la garantie que toutes les hypothèses, où ce droit de défense pourrait être en jeu, auront été dûment envisagées. C'est donc, comme le relevait encore le Procureur général Ganshof van der Meersch, dans un principe général du droit "que se trouve la protection (la plus) complète des droits de la défense". D'où la nécessité de recourir à *la théorie des principes généraux du droit*, "la seule qui soit de nature à donner pleine satisfaction, pour assurer, même en dehors des cas particuliers expressément réglés par le législateur, le respect des droits de la défense, assurés ainsi d'une protection qui ne saurait pâtir de lacunes dans les lois de procédure ou d'organisation judiciaire" ⁽⁷⁾.

Si, comme le pense Motulsky, le principe général relève d'un droit *suprapositif* qui se distingue du droit positif au sens strict, mais aussi de la règle jurisprudentielle, en ce qu'il préexiste à sa constatation judiciaire qui ne fait

⁶ W.J. Ganshof van der Meersch, o.c., dans *Mélanges à Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant 1963, (569) 588.

⁷ Dans son discours du 1er septembre 1970, o.c., pp. 111, 112 et 116.

que le reconnaître ⁽⁸⁾, *ce précepte de droit naturel de la procédure* est néanmoins entré dans le droit positif par la jurisprudence s'y référant parfois de manière explicite, mais le plus souvent de manière implicite par le truchement de règles particulières de procédure ou d'organisation judiciaire, dont la raison d'être est précisément d'assurer le respect des droits de la défense, sans s'y référer expressément.

Nombreuses sont donc, tant au civil qu'au pénal, les règles contenant, en filigrane, des exigences quant au respect du droit de défense, et entourant ces exigences de garanties particulières qui répondent dans une large mesure à celles-ci ⁽⁹⁾.

Il est aussi, faut-il le rappeler, au moins deux textes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacrent le principe du droit de défense (voir infra).

Le principe général du respect du droit de défense en acquiert presque un caractère subsidiaire ou supplétif, dans la mesure où le juge doit se référer en priorité à la loi quand elle existe, et seulement au principe général en l'absence de texte.

Il reste que la Cour de cassation s'est -au pénal du moins- dégagée de l'obligation stricte de se référer à un texte de loi, quand elle peut invoquer une violation du principe général du droit de défense ⁽¹⁰⁾.

Le principe général du droit n'en est pas pour autant immuable, dès lors qu'il est, comme la loi d'ailleurs, tributaire de l'évolution de la société; d'où des limites mises à l'exercice du droit de défense (voir infra).

1.3. La reconnaissance du droit de défense par la Convention européenne des droits de l'homme.

Les deux textes de la Convention consacrant l'existence du droit de défense sont: l'article 5 qui énonce le principe de la liberté individuelle, et l'article 6 qui énonce le droit à un procès équitable; le respect du droit de défense constitue d'ailleurs un des aspects essentiels du droit à un procès équitable ⁽¹¹⁾.

"Si, comme l'écrivent Franchimont, Jacobs et Masset, à propos de l'article 6, la plupart des droits consacrés par ce dernier texte se retrouvent épars dans le Code d'instruction criminelle, la Convention présente, à tout le moins, l'avantage de les rassembler et de les énoncer clairement", et même d'avoir

⁸ H. Motulsky, o.c., pp. 175 et 180.

⁹ W.J. Ganshof van der Meersch, o.c., dans *Mélanges Dabin*, pp. 593, 602.

¹⁰ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., p.805, note 223. Comme le relève J. Kirckpatrick -"L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit", dans *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, (623) 629: "depuis 1971, les moyens de cassation pris, en matière civile, fiscale et disciplinaire, de la violation du droit de défense, ne se réfèrent plus à aucune disposition légale".

¹¹ D. Karsenty, "Le droit au procès équitable" dans le Rapport de la Cour de cassation de France, 2001, 111-130.

renforcé le droit de défense, en tant que principe général, en lui donnant la prééminence et la sanction qui lui reviennent (¹²).

La seule lecture du texte de l'article 6 permet déjà de mesurer l'étendue des garanties données aux justiciables, quoique ledit article n'ait pas vocation à saisir toutes les phases d'une procédure quelconque; seule la phase juridictionnelle est soumise au respect de l'article 6.

La reconnaissance du droit de défense sous le couvert de l'article 6 n'est donc pas complète, d'autant plus que, pour que cette disposition de la Convention trouve à s'appliquer, "il faut qu'il s'agisse d'une "contestation sur des droits et des obligations de caractère civil ou (d'une) décision sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale, (...) dirigée contre le titulaire de droits prévus par ce texte" (¹³).

Quels sont donc ces droits de défense protégés par la Convention ?

Sur base de l'article 6.1:

- le droit au procès équitable sur base d'une appréciation de l'ensemble de la procédure (et non sur un incident ou un aspect particulier de la procédure). C'est ce qu'enseignait encore récemment la Cour européenne dans son arrêt Allan, du 5 novembre 2002: considérant qu'il y a lieu d'examiner si le droit de défense a été respecté, celle-ci a décidé qu'il ne (lui) appartenait pas de déterminer si le prévenu est coupable, si la procédure de l'Etat concerné a été correctement suivie ou si une preuve était admissible. La question est de savoir si la procédure, *dans son ensemble*, y compris l'obtention des éléments de preuve, s'est déroulée dans le respect de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- l'égalité des armes, c.-à-d. l'égalité dans la procédure entre, d'une part, l'accusé ou le prévenu, et, d'autre part, le ministère public et la partie civile
- la publicité des audiences et du jugement, avec l'exception du huis-clos
- le délai raisonnable
- l'indépendance et l'impartialité du tribunal établi par la loi.

Sur base de l'article 6.2: la présomption d'innocence.

Sur base de l'article 6.3: le droit de l'accusé d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, le droit d'interroger les témoins, le droit d'être assisté d'un interprète (¹⁴).

En définitive la prise en considération du droit de défense par la jurisprudence de notre Cour s'opérera soit par le truchement de textes spécifiques quand ils existent, soit, à défaut de texte, par le truchement de la Convention

¹² Manuel de procédure pénale, o. c., p. 806; A. Fettweis, Manuel de procédure civile, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1985, p. 16.

¹³ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., p. 817, où les auteurs énumèrent les procédures exclues du champ d'application de l'article 6.

¹⁴ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., pp. 819 e.s.

européenne ou d'un principe général de droit, la Cour se dégageant -au pénal du moins- de l'obligation de se référer à une disposition légale précise ⁽¹⁵⁾.

*

2. Le droit de défense au cours du procès pénal.

Les cas où l'exercice du droit de défense peut poser problème relèvent principalement du procès pénal. Le droit de défense y trouve à s'exprimer à toutes les phases de la procédure, notamment dès le stade de l'information ou de l'instruction ⁽¹⁶⁾.

2.1. Les limites mises au secret de l'instruction, en fonction du droit de défense.

Le principe du secret de l'instruction a été maintenu dans la nouvelle procédure pénale, en raison de la nécessité de sauvegarder deux intérêts majeurs qui peuvent entrer en conflit, d'une part, le respect de la présomption d'innocence, d'autre part, les nécessités de la recherche de la vérité au cours de la phase préparatoire, qu'elle soit d'information ou d'instruction.

La loi du 12 mars 1998, *relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, entrée en vigueur le 2 octobre 1998, tout en ne renonçant pas au principe du secret de l'instruction, prévoit et organise un certain nombre de dérogations ou d'exceptions à ce principe, qui s'inscrivent indirectement dans le cadre de l'exercice du droit de défense.

Il s'agit, par exemple, de la communication d'une copie du procès-verbal d'audition ou de tout ou partie du dossier d'une instruction, que toute personne entendue en tant qu'inculpé ou partie civile peut demander, sauf nécessités de l'instruction (art. 28quinquies, 57 et 61ter C.I.cr.).

La loi prévoit cependant que l'inculpé -ou la partie civile- ne peut faire usage de ces renseignements que *dans l'intérêt de sa propre défense*, et à condition de respecter la présomption d'innocence et le droit de défense de tiers.

La jurisprudence de la Cour est rare à ce sujet ⁽¹⁷⁾.

En matière de détention préventive, l'art. 18, § 2 de la loi du 20 juillet 1990 prévoit une règle spécifique, en l'espèce la remise à l'inculpé détenu d'une copie des procès-verbaux de ses auditions dès qu'un mandat d'arrêt lui a été signifié.

Il s'agit de permettre un débat contradictoire devant le juge d'instruction entre, d'une part, le parquet, et, d'autre part, l'inculpé et son conseil, pendant les

¹⁵ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., p. 805, note 223 et note 9, supra.

¹⁶ Voir l'inventaire non exhaustif, mais significatif, qu'en font Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., pp.807 e.s.

¹⁷ Voir: Cass., 10 novembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 480, concernant l'art. 28quinquies, § 2 C.I.cr.; 16 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 89, et 13 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 529, concernant l'art. 61ter C.I.cr.; 13 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 466, concernant l'art. 61ter, § 5 du même code.

cinq jours qui suivent la délivrance dudit mandat, le juge d'instruction pouvant en ordonner la mainlevée de manière autonome. Pour rendre ce débat possible, il fallait que la défense ait connaissance du contenu de ces auditions, d'où la règle de l'article 18 -qui n'est pas prescrite à peine de nullité- dont le non-respect peut être sanctionné par une remise en liberté, pour autant que l'exercice effectif du droit de défense en ait été affecté ⁽¹⁸⁾.

2.2. La présomption d'innocence, corollaire du droit de défense

La présomption d'innocence découle directement du principe général du droit de défense, dont elle est un aspect essentiel. L'art. 6.2 C.E.D.H. en formule clairement le principe: "toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie" ⁽¹⁹⁾.

Cette présomption constitue une garantie de caractère procédural s'appliquant à toute procédure pénale, avec des conséquences directes quant à la charge de la preuve, laquelle incombe exclusivement à celui qui poursuit, mais aussi quant à l'état d'esprit du juge, celui-ci appliquant, en cas de doute raisonnable, l'adage "in dubio pro reo" ⁽²⁰⁾.

Cette pétition de principe se heurte d'emblée au fait qu'il n'y a point de procédure pénale sans que personne ne soit suspecté. J. Corstens considère même qu'à première vue, la présomption d'innocence est inconciliable avec la règle suivant laquelle il n'y a pas de procédure sans suspicion ⁽²¹⁾.

"Om een strafprocedure te mogen beginnen moet er een verdenking zijn, dat betekent een vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd en bij dwangmiddelen vaak ook een vermoeden dat een bepaalde persoon een strafbaar feit heeft gepleegd. Hoe kan men die persoon nu voor onschuldig moeten houden?" Et l'auteur poursuit: "Redelijke uitleg van de *presumptio innocentiae* brengt mee dat deze de wetgever en de strafvorderlijke autoriteiten vooral inprent de verdachte niet als een reeds veroordeelde aan te merken. Dit heeft verschillende consequenties" ⁽²²⁾.

Première conséquence essentielle de cette garantie: parce qu'il est présumé innocent, l'inculpé n'a rien à prouver, ni même à participer de quelque manière que ce soit à l'administration des preuves, voire à la recherche de la vérité (Voir infra: La charge de la preuve).

Par rapport aux très nombreux cas où une violation de la présomption d'innocence a été invoquée en vain, rares sont les cas dans lesquels la Cour a cassé pour violation de la présomption d'innocence; ils sont à cet égard assez significatifs pour être relevés à différents niveaux du procès pénal:

¹⁸ Cass., 15 décembre 1998, R.W., 1998-1999, 1389, avec obs. Vandeplass; 13 décembre 2000, *Bull.* et *Pas.* 2000, n° 689, avec note d'obs. 1, dans *Pas.*, p. 1937.

¹⁹ Fr. Kutu, "Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2002 – le respect des droits de la défense", *J.L.M.B.* 2003, p. (496), 505, et plus spécialement au sujet de la présomption d'innocence, p. 524 e.s.

²⁰ Il en va d'ailleurs *mutatis mutandis* de même au procès civil: le demandeur ne doit-il pas prouver ce qu'il allègue, le défendeur n'ayant de charge de preuve qu'à l'égard de ce qu'il allègue lui-même pour la défense de sa cause (art. 870 C.jud.).

²¹ J. Corstens, "Het Nederlands Strafrecht", Anvers, Kluwer, 2002, p. 53.

²² Cour eur. D. H., arrêt Barbera et crts du 6 décembre 1988, série A, n° 146.

- au niveau de l'appréciation des faits :

La présomption d'innocence est garantie notamment par le contredit que l'inculpé peut faire relativement aux constatations des verbalisateurs, notamment concernant le caractère objectif ou non de ces constatations, et par l'impartialité avec laquelle le juge apprécie la valeur probante de ces constatations.

(Cass., 4 février 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 62; 22 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 386).

La présomption d'innocence implique qu'un prévenu n'est pas tenu d'apporter la preuve de la réalité d'une cause de justification invoquée par lui et qui n'est pas dépourvue de toute crédibilité.

(Cass., 21 avril 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 202).

Viole la présomption d'innocence, le juge qui a déjà formé sa conviction quant aux agissements du prévenu avant l'instruction de la cause, ce qui peut ressortir de l'indication que les remises successives de la cause avaient pour but de ramener le prévenu à de meilleures dispositions.

(Cass., 8 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 509).

En vertu de l'art.135, § 2 C.I.cr, l'inculpé peut interjeter appel de l'ordonnance de renvoi prévue à l'art. 130 dudit code, s'il a invoqué des irrégularités, des omissions ou des causes de nullité relatives à ladite ordonnance; tel est, par exemple, le cas d'une méconnaissance de la présomption d'innocence.

(Cass., 5 mars 2003, P.03.0086 F; voir aussi Cass. 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 307, avec les conclusions de M. l'avocat général Loop; -Comp: Cass., 26 juin 2002, P.02.0866.F).

Le pouvoir discrétionnaire reconnu au président de la cour d'assises par l'article 258 C.I.cr. ne lui permet pas de faire apparaître aux jurés son opinion quant aux faits reprochés aux accusés.

(Cass., 8 mai 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 162).

Dès lors qu'elle permet la preuve contraire par tout moyen de droit, la présomption de faute instaurée par l'article 67bis des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence.

(Cass., 7 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 75; voir infra: les présomptions en matière pénale).

Il en est de même en ce qui concerne l'article 205 de la loi générale sur les douanes et accises qui instaure une présomption de fraude susceptible d'être renversée par l'inculpé par tout moyen de droit.

(Cass., 17 octobre 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 551; voir également: 7 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 75).

- au niveau de l'appréciation de la peine et du taux de la peine :

Lorsqu'il ressort des constatations d'un arrêt de condamnation que les juges d'appel ont déterminé le taux de la peine en fonction de faits délictueux pour

lesquels le prévenu a été condamné par un autre jugement, la Cour doit pouvoir contrôler si ce jugement antérieur est passé en force de chose jugée; sinon, il y a méconnaissance de la règle de la présomption d'innocence consacrée par l'article 6.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(Cass., 25 avril 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 500).

Lors de l'appréciation d'une demande de suspension, le juge peut tenir compte de tous les éléments propres à la personne du prévenu, mais il ne peut tenir compte, dans son appréciation, de faits punissables dont la culpabilité du prévenu n'est pas définitivement établie.

(Cass., 13 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 441).

Il y a violation de la présomption d'innocence lorsque les juges d'appel fondent l'augmentation de la peine infligée par le premier juge sur la circonstance de fait que le prévenu "n'a toujours pas mis fin" à la situation illicite née de l'infraction en matière d'urbanisme, ce qu'ils ne peuvent faire qu'après sa condamnation définitive du chef de ces faits.

(Cass., 25 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 258; voir infra: le droit de défense et la motivation de la peine).

Le juge de la jeunesse qui constate que, dans le dossier répressif, il existe des indices de culpabilité dans le chef d'un mineur et qui, sans décision préalable sur le fond, subordonne néanmoins le maintien du mineur dans son milieu à l'exécution d'une prestation éducative, lui impose ainsi une mesure ayant le caractère d'une sanction, ce qui implique l'appréciation que le mineur a commis le fait qualifié infraction. Ainsi, ce juge viole la présomption suivant laquelle le mineur est censé être innocent.

(Cass., 4 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 123 et les conclusions de l'avocat général Dubrulle; - voir aussi, Cass., 21 mai 2003, P.03.0524.F)

Le principe de la présomption d'innocence n'imprègne pas que l'appréciation de la valeur probante des preuves produites devant le juge du fond, ni l'application du degré de la peine au moment de l'examen du bien fondé d'une accusation, mais l'ensemble de la procédure, et bien évidemment le cours de la détention préventive: méconnaît la présomption d'innocence, l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui, statuant sur le maintien de la détention préventive, se prononce sur la culpabilité d'un inculpé.

(Cass., 19 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 155).

Par contre la Cour a considéré qu'écrire dans un mandat d'arrêt que l'inculpé "a commis" les faits qui lui sont reprochés, peut être compris comme "la constatation de l'existence d'indices sérieux de culpabilité".

(Cass., 26 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 166).

Même lorsque le juge d'instruction a violé la présomption d'innocence, cette violation ne constitue pas pour autant un vice irréparable: les juridictions d'instruction appelées à examiner la légalité du mandat d'arrêt ont le pouvoir d'en corriger les motifs.

(Cass., 5 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 453, et les conclusions de l'avocat général J. Spreutels).

Dans le cadre de l'expertise, si l'expert n'a pas à donner son avis sur une question de droit, ni à se prononcer sur la culpabilité du prévenu, "l'impartialité requise dans son chef ne saurait lui interdire d'émettre un avis technique ou scientifique sur l'existence ou l'absence des éléments matériels constitutifs d'une infraction" ⁽²³⁾.

Il résulte déjà de ces quelques exemples que le principe de la présomption d'innocence ne constitue pas une sorte d'*absolu catégorique*, existant indépendamment de toute condition ou de tout rapport avec autre chose, mais doit être pris en considération *en même temps* que le principe de la liberté des preuves au pénal, et que la règle de l'intime conviction du juge.

Si la présomption d'innocence a pour corollaire 'in dubio pro reo' (le doute profite à l'accusé), il reste néanmoins cette préoccupation majeure du procès pénal, qui est de faire la part du doute et de la certitude, afin d'asseoir la conviction judiciaire.

S'il est de règle jurisprudentielle que le doute doit profiter à la personne poursuivie, encore faut-il que l'on s'entende sur ce qu'est ce *doute favorable*. Il ne s'agit tout d'abord pas d'une pétition de principe. L'appréciation de ce doute est plutôt d'ordre dialectique, c.-à-d. rationnel: il doit s'agir d'un "doute raisonnable" (Cass., 10 novembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 726) dans l'esprit du juge évidemment, et non pas dans l'esprit du prévenu, qui, par exemple, aurait été pris d'un doute à propos d'un élément de l'infraction mise à sa charge (Cass., 2 mai 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 515), ni dans l'esprit de l'expert, qui, d'ailleurs, n'exprime toujours qu'un avis (Cass., 25 mai 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 261).

Le doute étant fait d'une infinité de degrés, on peut même se demander s'il doit être nécessairement favorable ⁽²⁴⁾.

2.3. La problématique de la preuve et le droit de défense

Une considération préliminaire s'impose: il est de jurisprudence constante de la Cour européenne que l'administration des preuves relève au premier chef de règles du droit interne, et que, partant, il revient aux seules juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis et débattus devant elles. Si la C.E.D.H. garantit par son article 6 le droit au procès équitable, qui intègre le droit de défense, elle ne réglemente pas pour autant les questions d'admissibilité des preuves elles-mêmes. Elle s'attache à rechercher si la procédure, envisagée dans son ensemble, présente un caractère équitable ⁽²⁵⁾.

²³ Cass., 24 avril 2002, P.02.0012 F; - Comp. un problème similaire en matière civile: Cass., 14 septembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 605: le rapport d'expertise ne peut que procéder à des constatations ou donner un avis d'ordre technique; le juge qui charge l'expert de donner un avis sur le bien-fondé de la demande même, ne justifie pas légalement sa décision.

²⁴ M-C. Nagouas-Guérin, "Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale", *Rev.Sc.Crim.*, 2002, 283; St. Van Overbeken, *In dubio pro reo*, R.W., 1994-95, 1190.

²⁵ Fr. Kuty, "Chronique de jurisprudence de la C.E.D.H. relative au procès équitable", *J.L.M.B.*, 2003, 496.

L'administration de la preuve en matière répressive crée inévitablement une situation conflictuelle qui résulte de la recherche *active* de la vérité et de l'attitude en principe *passive* du prévenu présumé *innocent*.

2.4. Les présomptions en matière pénale

En matière pénale, les présomptions de fait peuvent servir de moyen de preuve. Le juge apprécie celles-ci souverainement et le prévenu peut les contester. Dans cette mesure, il n'y a pas de violation du droit de défense. La jurisprudence est d'ailleurs constante à cet égard ⁽²⁶⁾.

Il résulte aussi de la jurisprudence européenne que "les présomptions de droit ou de fait figurant dans les lois répressives ne sont pas en soi incompatibles avec la présomption d'innocence, si elles sont enserrées "dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense" ⁽²⁷⁾.

Il est important de relever à cet égard l'article 67bis des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière (inséré par la loi du 4 août 1996) qui prévoit que certaines infractions en matière de roulage sont *censées* avoir été commises par le titulaire de la plaque d'immatriculation du véhicule lorsque le conducteur n'a pas été identifié au moment de la constatation de l'infraction.

L'article 67bis allège dès lors la charge de la preuve qui pèse en principe sur le ministère public en instituant à l'égard du titulaire de la plaque d'immatriculation du véhicule une présomption de culpabilité, légale mais réfragable ⁽²⁸⁾; il appartient au titulaire de la plaque d'immatriculation dudit véhicule d'apporter des éléments de preuve permettant de le disculper ou de créer un doute raisonnable quant à l'identification du conducteur.

(Cass., 17 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 160; voir également: Cass., 22 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 421).

Cette dérogation au principe qui impose l'administration de la preuve à la partie poursuivante se justifie par le but visé par le législateur en la matière, à savoir l'efficacité de la lutte contre la délinquance routière, plus spécialement dans les cas où l'identification de l'auteur de l'infraction est malaisée.

Dès lors qu'elle peut être renversée par "tous moyens", cette présomption de culpabilité ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence dont l'article 6.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est l'expression.

(Cass., 7 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 75; 16 avril 2002, P.01.0119.N).

²⁶ R. Declercq, "Beginselen van Strafrechtspleging", Anvers, Ed. Kluwer –1999, 2° éd., n° 1293 e.s.; voir p.e.: Cass. 12 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 591; 13 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 409; 30 janvier 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 62.

²⁷ Cour eur. D.H., arrêt Salabiaku du 7 octobre 1988, série A, n° 141-A, §28.

²⁸ Cass., 19 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 547; voir également Cass., 17 octobre 2001, P.01.1021.F, en ce qui concerne l'article 205 de la loi générale sur les douanes et accises; Sur la présomption irréfragable de l'article 265, § 1^{er}, de la loi générale sur les douanes et accises, selon laquelle le commettant est toujours tenu pour pénalement responsable des infractions commises par ses préposés, la Cour d'arbitrage a confirmé et complété sa jurisprudence en constatant qu'il s'agit là d'une atteinte grave au principe de la personnalité des peines, C.A., n° 43, 2001 du 29 mars 2001.

C'est très pertinemment que R. Declercq (o.c., n° 1295) pose la question de savoir "of het begrip *vermoeden* wel zin heeft in het strafproces (...) Een feitelijk vermoeden leidt trouwens niet tot zekerheid, maar tot een zekere waarschijnlijkheid die geen veroordeling wettigt".

2.5. Le témoignage - conditions d'admissibilité

Le problème du témoignage peut poser une question de dosage entre les nécessités de la manifestation de la vérité et le respect du droit de défense. L'article 6.3, d C.E.D.H. consacre le droit de l'inculpé de faire convoquer et interroger des témoins, ce qui tend à assurer une égalité de traitement par rapport à l'accusation et à la partie civile, pour autant, toutefois, que les auditions demandées soient susceptibles d'aider à la manifestation de la vérité, ce sur quoi il est de règle que le juge décide souverainement.

Il importe de rappeler ici que la Cour européenne a délaissé la question de l'admissibilité des preuves au droit interne: ce qui importe aux juges européens, c'est de pouvoir juger, à *partir d'une appréciation de l'ensemble de la procédure*, s'il a été satisfait aux exigences du procès équitable de l'article 6 C.E.D.H., et notamment si le droit de défense a été respecté.

La Cour européenne admet donc que le droit interne puisse fixer des conditions pour l'admissibilité des preuves, notamment des témoignages, et que le juge puisse apprécier la nécessité et la pertinence des questions à poser aux témoins, du point de vue de l'aide à la découverte de la vérité et des nécessités de la manifestation de la vérité ⁽²⁹⁾.

Mais une disposition légale modifiant les règles d'administration de la preuve en matière pénale ne peut s'appliquer qu'aux faits commis après son entrée en vigueur, dès lors qu'elle porte atteinte au droit de défense ⁽³⁰⁾.

Quoiqu'il en soit le prévenu ne peut être interrogé sous serment comme témoin dans sa propre cause, même pas à sa demande ⁽³¹⁾. Dès lors, l'audition d'un prévenu sous la foi du serment est nulle ⁽³²⁾. Cette thèse est déduite du droit de tout accusé de se taire ⁽³³⁾.

Toutefois, la circonstance qu'un témoin soit interrogé sous serment par le juge et se constitue partie civile à un stade ultérieur de la procédure ne donne pas lieu à la violation du droit à un procès équitable, ni du principe de l'égalité des armes. En effet, un tel témoignage est soumis à la contradiction des parties litigantes, notamment du prévenu, et sa valeur probante est appréciée par le juge. La circonstance qu'un prévenu puisse s'opposer au fait qu'une partie civile déjà constituée soit interrogée sous serment comme témoin, n'y fait pas obstacle.

²⁹ H. Bekaert, "La manifestation de la vérité dans le procès pénal", Bruxelles, Bruylant, 1972.

³⁰ Cass., 19 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 547.

³¹ Cass., 19 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 478; 20 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 382.

³² Cass., 11 mars 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 362; 6 mai 1993, n° 225; 5 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 336, R.W., 2002-2003, n° 32 – col. 1257 et la note signée Chris De Roy.

³³ Cour eur. D.H., arrêt Funke, Crémècux, Mialti et Dobbertin c. France du 25 février 1993, série A, n° 256.

En outre, lorsque la défense d'un prévenu contre l'action civile exercée contre lui est sans relation avec la preuve de l'infraction mise à sa charge, ce sont les règles relatives à la charge de la preuve en matière civile qui lui sont applicables. Cela implique que, même en matière répressive, les règles de la preuve du droit civil sont applicables à la preuve de l'existence et de l'étendue du dommage.

Selon ces règles de droit civil, l'existence et l'étendue du dommage né d'une infraction sont des faits juridiques qui peuvent être établis par toutes voies de droit, y compris témoins et présomptions. (Cass., 26 février 2002, R.G. P.00.1037.N, R.W., 2002-2003, 1505, et la note signée B. Backx, "De burgerlijke partij als getuige in eigen zaak".)

2.5.1. Le droit de défense et le témoignage anonyme

Par divers arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'utilisation de la preuve testimoniale anonyme. En principe, le prévenu doit pouvoir contredire tous les moyens de preuve en audience publique. Les témoins à charge doivent à tout le moins pouvoir être interrogés au cours d'une des phases de l'instruction. L'admission d'un témoignage anonyme en tant que *preuve unique et adéquate* donnant lieu à condamnation est susceptible de porter atteinte au droit à un procès équitable et, partant, de violer l'article 6.3, lu conjointement avec l'article 6.1 C.E.D.H. et de méconnaître le droit de défense ⁽³⁴⁾.

De l'examen de la jurisprudence européenne rendue à cet égard se déduit la règle qu'aucune condamnation ne peut se fonder exclusivement ni même de manière décisive sur des déclarations testimoniales anonymes. En outre, le prévenu doit avoir l'occasion de contredire de tels témoignages et le juge est en tout cas tenu d'en contrôler la crédibilité.

Il y a lieu de relever à cet égard l'arrêt de cassation rendu le 2 mai 1990 (*Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 156) par lequel la Cour a décidé qu'il n'y a pas violation du droit de défense, lorsque le juge a, pour asseoir sa conviction, fondé celle-ci non seulement sur une appréciation générale des différents éléments de preuve et notamment sur les déclarations d'un coprévenu, mais également sur des renseignements recueillis auprès de témoins demeurés anonymes, qui ont été versés au dossier, dont le prévenu a eu connaissance et qu'il a pu librement contredire ⁽³⁵⁾.

Notre Cour s'est ainsi progressivement ralliée à la jurisprudence européenne. Le point de départ de notre analyse est l'arrêt rendu le 15 juillet 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 314), précédé des conclusions de l'avocat général De Riemaeker qui analyse d'une manière approfondie la jurisprudence antérieure à la décision citée.

³⁴ Cour eur. D.H., arrêt Kostovski du 20 novembre 1989, Serie A, n° 166; arrêt Windisch du 27 septembre 1990, Serie A, n° 186; arrêt Delta du 19 décembre 1990, Serie A, n° 191-A; arrêt Doorson c/ Pays-Bas du 26 mars 1996, Rec. Cour eur.D.H. 1996-II; arrêt Van Mechelen et autres c/ Pays-Bas du 23 avril 1997, Rec. Cour eur.D.H. 1997-III; arrêt Visser c. Pays-Bas du 14 février 2002, n° 2666/95; J. de Codt, La preuve par témoignage et les droits de la défense, dans Rev. Trim. D.H., 1998, (157) 164.

³⁵ A. De Nauw constate que "die redenering niet overeenstemt met het arrest Kostovski dans "De wet op de anonimiteit van getuigen", R.W., 2002-2003, 922.

Le pourvoi en cassation déposé en cette cause était notamment dirigé contre un arrêt interlocutoire par lequel la cour d'assises avait décidé que l'identité des témoins anonymes devait rester cachée. Le demandeur en cassation faisait valoir que, dès lors qu'on le privait de la possibilité de faire convoquer ces témoins à l'audience, le refus de communiquer leurs identités constituait une violation de l'article 6 de la Convention et de son droit de défense. La Cour a décidé que le caractère contradictoire de l'audition des témoins devant la cour d'assises, ainsi que le droit à un procès équitable et le droit de défense sont en principe sauvegardés lorsqu'il est offert à l'accusé des possibilités de défense au cours de l'instruction judiciaire et la possibilité d'interroger les témoins anonymes au cours des audiences de la cour d'assises.

Nous lisons dans les conclusions de l'avocat général que "een procedure die voldoende tegengewicht vormt voor de handicap van de verdediging, die de betrouwbaarheid van de getuige niet kon controleren omdat zij de identiteit van de getuigen niet kenden, niet *noodzakelijk* een schending meebrengt van de rechten gewaarborgd door art.6 E.V.R.M., voor zover de strafprocedure in haar geheel genomen, alsmede de bewijsvoering, een eerlijk karakter vertonen, en de veroordeling *niet uitsluitend* noch op *beslissende wijze* gegrond is op anonieme verklaringen".

Si la crédibilité des témoignages anonymes est contrôlable et si la défense a la possibilité de "vragen (te) stellen over de gang van zaken tijdens het vooronderzoek, over de hoedanigheid van de anonieme getuige of over de wijze waarop die getuige aan zijn wetenschap is gekomen", le droit de défense n'est pas violé (A.C., 1997, p. 747).

La Cour a confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises, en insistant particulièrement sur la circonstance que le juge ne peut asseoir sa conviction intime exclusivement ni même de manière prépondérante sur un témoignage anonyme; il est tenu d'avoir égard à d'autres éléments de preuve ⁽³⁶⁾.

L'arrêt rendu le 25 septembre 2002 (P.02.0954.F) mérite également notre attention en ce qu'il a décidé que si, lors du règlement de la procédure, la juridiction d'instruction rejette le moyen de défense contestant le dépôt de déclarations anonymes dans le dossier répressif par la constatation que le rapport du juge d'instruction, entendu lors du délibéré en dehors de la présence des parties, a permis de s'assurer des garanties ou informations relatives au témoin anonyme que l'arrêt attaqué énumère ensuite, ces circonstances constituent une méconnaissance des droits de la défense.

2.5.2. La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins ⁽³⁷⁾

Inspirée par la jurisprudence européenne et par celle de notre Cour, cette loi prévoit expressément la possibilité de conserver l'anonymat partiel ou complet

³⁶ Cass., 12 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 240; 12 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 13; 27 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 241; 27 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 402; 28 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 410; 9 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 480; 4 avril 2001, *Pas.* 2001, P.01.0041.F, *Bull. et Pas.* 2001, n° 201; 21 mai 2002, P.01.0322.N; 17 décembre 2002, P.02.0027.N.

³⁷ La loi est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2002. A. De Nauw, o.c., 921; J. Le Calvez, "Les dangers du "X" en procédure pénale: opinion contre le témoin anonyme", *Le Dalloz*, 2002, n° 40, *Chroniques - Doctrine*, 3024; M. Nève, Fr. Kutty et S. Berbuto, "Le témoignage anonyme", *J.T.*, 2003, 277; M.A. Beernaert et D. Vandermeersch, "La loi du 8 avril 2002", *R.D.P.*, 2002, 715.

des témoins à des conditions très strictes visant tant la protection du témoin menacé que la garantie du droit de défense. Un certain nombre de dispositions ont été insérées à cette fin dans le Code d'instruction criminelle.

Toutefois, cette loi ne porte pas atteinte à la règle jurisprudentielle suivant laquelle la condamnation d'un prévenu ne peut se fonder exclusivement ni même de manière prépondérante sur des témoignages anonymes. En effet, le nouvel article 341 (article 16 de la loi précitée) dispose expressément que *"les témoignages ne peuvent être pris en considération comme preuve que pour autant qu'ils soient corroborés dans une mesure déterminante par d'autres moyens de preuve"*.

2.6. La preuve illégalement obtenue

Le point de départ de notre analyse de la récente jurisprudence de la Cour concernant la preuve en matière pénale est l'arrêt de principe du 13 mai 1986 (*Bull. et Pas.*, 1986, I, n° 558) qui, en application de la *règle dite d'exclusion des preuves* – instaurée dès 1923 dans le droit belge ⁽³⁸⁾ – distingue pour la première fois de manière explicite deux sortes de preuves illégalement obtenues. La règle énoncée par l'arrêt précité est la suivante: "Est illégale, la preuve obtenue par un acte inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense, même si cet acte n'est pas expressément interdit par la loi".

Suivant une jurisprudence constante, "en vertu du régime de la libre administration de la preuve, tout élément de preuve illégalement obtenu est inadmissible. Outre les illégalités équivalentes à des infractions ou contraires aux textes formels de la loi, des irrégularités peuvent être commises"⁽³⁹⁾.

La Cour a non seulement confirmé sa jurisprudence de 1986 mais elle l'a aussi affinée, notamment par l'arrêt rendu le 4 janvier 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 1): "Le juge ne peut déclarer établie une infraction, si la preuve en a été obtenue à la suite d'un fait punissable ou d'une autre manière irrégulière, soit de la part de l'autorité chargée de la recherche, de la constatation ou des poursuites en matière d'infraction, soit de la part du dénonciateur de l'infraction; dans ce cas, le juge pénal ne peut déclarer établi le fait mis à charge du prévenu, sauf si la preuve de l'infraction est apportée par d'autres éléments de preuve qui ne se déduisent ni directement ni indirectement de la preuve obtenue irrégulièrement" ⁽⁴⁰⁾.

³⁸ A. De Nauw, "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", R.D.P., 1990, 714; Ph. Traest, "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Edit Kluwer, 2001, Anvers, Kluwer, 2001,(61) 63.

³⁹ Voir les conclusions de l'avocat général du Jardin précédant cet arrêt, ainsi que la jurisprudence et la doctrine y citées; voir également: Cass., 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 15; la preuve obtenue non pas illégalement mais *déloyalement* est nulle (Cass., 22 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 302). Ainsi, la règle absolue d'exclusion des preuves est-elle appliquée d'une manière plus large.

⁴⁰ Voir les conclusions de l'avocat général du Jardin, dans R.W., 1994-1995, 185; Ph. Traest, "De rol van ...", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., 65; dans le même sens: Cass., 17 janvier 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 311 et 17 avril 1991, R.D.P., 1992, 94, et la note signée Chr. De Valkeneer, "De illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve", 104; R.W., 1991-1992, et la note signée Vandeplass, 403; 9 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 540.

L'illégalité de certains éléments de preuve n'entraîne toutefois pas nécessairement la nullité de tous les actes d'instruction ultérieurs ⁽⁴¹⁾.

Cette illégalité ne porte atteinte de manière irréparable au droit de défense et au droit à un procès équitable que "lorsque la confusion entre les actes d'instruction et la preuve illégale est telle que les actes d'instruction se trouvent entachés de la même illégalité et que tant l'instruction que l'action publique sont fondées sur celle-ci" (Cass., 14 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 678).

Dans un arrêt du 30 mai 1995 (*Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 267), la Cour distingue la *preuve* de l'infraction de la *révélation* de celle-ci: la circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité (ou d'une irrégularité), n'affecte pas la régularité de la preuve, qui a été obtenue ultérieurement sans illégalité ni irrégularité ⁽⁴²⁾.

Un prélèvement corporel peut servir de preuve pour autant que le consentement du prévenu à ce prélèvement ait été exprès, volontaire et suffisamment éclairé; cette condition exclut le consentement obtenu par ruse ou tout autre acte malhonnête ⁽⁴³⁾.

S'il s'impose d'écarter des débats toutes les preuves considérées comme irrégulières ainsi que tous les éléments en découlant, cette règle n'empêche pas le juge de statuer à la lumière d'autres preuves qui, n'étant entachées d'aucun vice, sont soumises à la libre contradiction des parties ⁽⁴⁴⁾.

Il importe peu que les pièces écartées des débats continuent à figurer matériellement dans le dossier de la procédure (Cass., 20 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 31) (voir infra: la procédure de 'purge' des nullités).

Philip Traest regrette cette relativisation de la règle d'exclusion des preuves dès lors qu'elle donne lieu à une approche purement casuistique du problème. L'auteur considère que: "een globale bezinning over het bewijsrecht en een eventueel initiatief van de wetgever zijn dan ook dringend gewenst. Hierdoor zou het bewijsrecht meer voorzienbaar worden en zou tegelijk vermeden worden dat eisen van doelmatigheid regelen van een behoorlijke procesvoering zouden verdringen" (o.c., 78).

L'arrêt rendu le 3 novembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 583 et la note) est également digne d'intérêt en ce qu'il a décidé que le juge pénal qui conteste au prévenu le droit d'utiliser la teneur d'un témoignage recueilli lors d'une instruction annulée pour vice de procédure comme support de la démonstration qu'il entend faire pour étayer sa défense, méconnaît le principe général du droit relatif au respect du droit de défense. Il en ressort que le droit

⁴¹ Cass., 14 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 678; 18 avril 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 212.

⁴² Voir la note signée Fr. Kuty dans *J.L.M.B.*, 1998, 489; dans le même sens: Cass., 23 avril 2002, P.01.0277.N. – Voir également infra: la preuve inadmissible.

⁴³ Cass., 31 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 61 et les conclusions de Monsieur l'avocat général Loop qui analyse notamment d'une manière circonstanciée la problématique du droit du prévenu de se taire, *Rev.Dr.Santé*, 2002-2003, 158.

⁴⁴ Cass., 23 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 534, plus spécialement p. 1180; comp. Cass., 23 avril 2002, P.01.0277.N.

de défense doit pouvoir être mieux *mis en valeur* sans être, pour autant, privilégié de manière absolue ⁽⁴⁵⁾.

Il y a lieu de relever ici les importantes modifications législatives intervenues à cet égard: la loi du 12 mars 1998 qui, renforçant le contrôle de l'information et de l'instruction, vise l'enlèvement de pièces déclarées nulles du dossier judiciaire (voir infra: la procédure de purge) et la loi du 4 juillet 2001 qui a complété les articles 131, § 2, et 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle comme suit: "*les pièces déposées au greffe ne peuvent pas être consultées, et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale*"; il est ainsi dérogé à la jurisprudence précédemment citée qui autorisait le prévenu à utiliser les pièces écartées du dossier pour sa défense.

Toutefois, par l'arrêt rendu le 8 mai 2002 (n. 86/2002), la Cour d'arbitrage a considéré "qu'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 articles 131, § 2, et 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle (tels qu'ils ont été complétés par la loi du 4 juillet 2001) violent les articles 10 et 11 de la Constitution, *lus à la lumière du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense*" (...). La Cour d'arbitrage a ajouté 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 et porte une atteinte disproportionnée aux droits de la défense". Ainsi, par application de la règle de la proportionnalité ⁽⁴⁶⁾, la Cour d'arbitrage a annulé le complément législatif précité des articles 131, § 2 et 235, § 6, du Code d'instruction criminelle et a ainsi indirectement rétabli l'*ancienne* jurisprudence consacrée notamment par l'arrêt du 3 novembre 1999.

La règle déduite de l'arrêt du 11 décembre 2001 (P.01.1535.N) se voit néanmoins réduite à néant dans la mesure où il a été décidé que, nonobstant l'intervention législative ultérieure du 4 juillet 2001, le retrait de la procédure des pièces déclarées nulles à la suite d'une procédure de purge en application des articles 131, § 1^{er}, 136, 136bis et 235bis du Code d'instruction criminelle doit toujours être définitif et que personne ne pourra plus utiliser ces pièces par la suite. Cette règle impliquerait une violation des droits de la défense.

À cet égard, l'arrêt rendu le 18 février 2003 en cause Vercauteren mérite d'être spécialement mentionné.

2.7. Le retrait des pièces du dossier et le droit de défense

Dans l'arrêt du 18 février 2003 (P. 02.0913.N)(en cause Vercauteren), la Cour a décidé dans un premier temps que le juge pénal est tenu d'appliquer toutes

L. Arnou, "Beklaagde mag nietige stukken aanvoeren voor verdediging", dans Juristenkrant, 2002, n° 50, p. 4-5; R. Verstraeten e.a., "Strafprocesrecht: recente ontwikkelingen", dans Thémis, Strafprocesrecht, Bruges, Die Keure, 2002, 56.

⁴⁶ La proportionnalité désigne un rapport d'adéquation entre un moyen et un but; cette règle peut être érigée au rang de principe général de droit, en raison de sa fonction régulatrice.

les dispositions légales d'ordre public tant qu'elles n'ont pas été annulées par la Cour d'arbitrage.

Concrètement, cette règle implique qu'au moment de la prononciation de l'arrêt attaqué – en l'espèce, l'arrêt rendu le 12 octobre 2001 par la chambre des mises en accusation – il y avait lieu d'appliquer la disposition de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle suivant laquelle "les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, après l'expiration du délai de cassation".

La Cour a toutefois déclaré ensuite que le juge pénal est tenu d'écarter, en tout ou en partie, toute disposition légale belge contraire aux normes juridiques nationales supérieures ou aux normes juridiques internationales directement applicables dans l'ordre juridique belge, tel que le respect du droit de défense.

Si elle semble avoir ainsi incité au rejet de la disposition en question en raison de son incompatibilité avec une norme supérieure, tel que le droit de défense, la Cour se montre néanmoins moins stricte à cet égard.

En effet, après avoir énoncé qu'il résulte de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle que, si l'impossibilité d'invoquer des actes déclarés nuls devant le juge du fond n'est pas absolue, la possibilité de prendre connaissance de pièces déclarées nulles ou d'utiliser celles-ci sans restriction au cours de la procédure n'est pas davantage absolue, la Cour a décidé que, lorsque les pièces déclarées nulles contiennent des éléments susceptibles d'être indispensables à la défense d'une partie, le juge peut déterminer la mesure dans laquelle le droit de défense requiert l'utilisation de ces pièces par une partie, tout en veillant aux droits des autres parties, qu'à cette fin, il peut imposer des modalités et des restrictions quant à la communication et à l'utilisation de ces pièces. Le moyen qui soutient que le juge ne peut imposer de telles restrictions ou modalités manque en droit.

Ainsi, la Cour a-t-elle décidé que le droit de défense n'est pas absolu et que le juge peut imposer des modalités ou des restrictions à l'exercice de ce droit.

Nous avons déjà signalé que cette décision n'est pas conciliable avec l'arrêt du 11 décembre 2001 (P.01.1535.N) par lequel la Cour a décidé que les pièces déposées au greffe à la suite d'une procédure de purge doivent être considérées comme retirées définitivement de la procédure et que personne ne pourra plus les utiliser par la suite.

S'il a été allégué que l'arrêt rendu le 8 mai 2002 par la Cour d'arbitrage (86/2002) a rétabli la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle est consacrée par l'arrêt du 3 novembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 583), l'arrêt du 18 février 2003 (P.02.0913.N) est censé parachever la règle énoncée dans cet arrêt.

Toutefois, il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas subordonner l'exercice du droit de défense à des modalités ou à des restrictions, ainsi qu'il a été décidé par l'arrêt du 18 février 2003; ce dernier arrêt a effectivement considéré que, lorsque les pièces déclarées nulles contiennent des éléments

susceptibles d'être indispensables à la défense d'une partie, le juge peut déterminer la mesure dans laquelle la partie intéressée peut utiliser ces pièces et, ainsi, exercer son droit de défense, tout en ayant égard aux droits des autres parties. Ce principe ne semble pas inconciliable avec la règle contenue dans l'arrêt du 3 novembre 1999.

L'arrêt du 18 février 2003 semble également compatible avec l'arrêt rendu le 24 septembre 2002 (P.02.0718.N) qui a décidé que la question de savoir si l'accès d'une partie aux pièces détenues par une autre partie mais non produites devant le juge ni utilisées au cours du procès, ou de savoir si la demande de ces pièces adressées par l'autre partie à des autorités étrangères doit pouvoir être contredite par la partie intéressée, est étrangère au principe de l'égalité des parties devant le juge appelé à statuer sur le bien-fondé de l'action publique.

Cet arrêt a plutôt examiné la question de l'éventuelle utilisation de pièces déterminées à la lumière du principe spécifique de l'égalité des armes et y a répondu par la négative dès lors qu'il a explicitement relevé que l'égalité des armes entre les parties implique uniquement que chaque partie à la cause puisse utiliser devant le juge appelé à connaître de la cause les mêmes moyens de procédure et dans une même mesure prendre connaissance des pièces et des éléments soumis à l'appréciation de ce juge.

Cette observation s'applique également à l'arrêt du 30 octobre 2001 (P.01.1239.N) suivant lequel l'article 6 C.E.D.H. quiert qu'il soit notamment permis au prévenu d'avoir connaissance de tous les éléments de preuve invoqués à sa charge et de les contredire et que le droit à un procès équitable implique que le ministère public communique au juge tous les éléments à décharge du prévenu dont il dispose.

L'arrêt du 18 février 2003 ne déroge pas à la règle induite de l'arrêt du 30 octobre 2001 qui portait sur des éléments pouvant être invoqués par le ministère public à charge du prévenu; même en considérant que la Cour a affiné la règle de l'arrêt du 3 novembre 1999 par son arrêt du 18 février 2003, ce dernier arrêt est conciliable avec celui du 30 octobre 2001.

2.8. L'admissibilité de la preuve

Outre les cas de preuves illégalement ou irrégulièrement obtenues, se pose la question de la preuve inadmissible: ce point concerne non pas *l'obtention de la preuve* mais son *mode de production* au cours du procès pénal.

La Cour a décidé qu'il y a violation du droit de défense lorsque, certaines pièces de la procédure n'ayant pas été communiquées à la juridiction de jugement et, en conséquence, n'ayant pas été soumises à la contradiction des parties, le prévenu n'a pu contester la régularité d'un acte d'instruction: en l'espèce, le mandat de perquisition qui n'avait pas été joint au dossier de la procédure. "Les constatations faites au cours d'une visite domiciliaire illégale

et les preuves recueillies ensuite de ces constatations ne peuvent fonder une condamnation" ⁽⁴⁷⁾.

En réalité, il ne s'agit pas d'une question de validité de la preuve. Pour L. Arnou, "bewijsmateriaal dat op een ontoelaatbare wijze is voorgelegd heeft op zich wel waarde als bewijs, maar verliest dit door de wijze waarop het voor de rechter is gebracht" (o.c., 11). "De schending van het recht van verdediging is niet gebeurd bij het verkrijgen zelf van de onderzoeksresultaten (wat overigens niet kon worden nagegaan), maar wel door de wijze waarop de onderzoeksresultaten voor de vonnisrechter waren gebracht. (...) Volgens het Hof van cassatie moet de beklaagde tegenspraak kunnen voeren omtrent alle stukken, die betrekking hebben op het misdrijf zelf of op een bestanddeel ervan." (ibid., 13).

Quant au contrôle de la régularité d'une preuve obtenue à l'étranger, la Cour a estimé que le juge pénal "n'étant saisi d'aucune contestation portant sur la violation d'une règle de droit interne de l'Etat sur le territoire duquel la preuve a été obtenue, ne doit pas vérifier d'office si la preuve a été obtenue conformément au droit étranger" (Cass., 13 mars 2002, P.01.1765.F). Pour P. Monville, commentateur de cet arrêt, "la Cour hésite à s'engager elle-même dans le contrôle de la régularité", reportant la difficulté de la preuve sur la personne poursuivie. "Une alternative consisterait, estime-t-il, à transposer *mutatis mutandis* l'adage in *dublio pro reo* à la matière" (R.D.P., 2003, p. 109-121).

2.9. La procédure de purge dans l'intérêt, notamment, du droit de défense

Il est hors de doute qu'une bonne administration de la justice exclut toute illégalité ou irrégularité. Aux fins de focaliser plus rapidement l'examen des juridictions répressives sur le fond de la cause et d'éviter toutes manœuvres dilatoires au cours du procès, il a semblé utile de purger le dossier de ses irrégularités en temps utile et de préserver ainsi le droit de défense.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, la juridiction d'instruction est autorisée à exclure tous indices sérieux de culpabilité obtenus irrégulièrement. (Cass., 17 mai 1994, R.W., 1994-95, 603, et la note signée De Nauw A., "Voorlopige hechtenis en onregelmatig onderzoek: een kentering in de rechtspraak?").

La loi du 12 mars 1998 précitée *relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de (...) l'instruction* a instauré un système de purge des irrégularités à effectuer avant le renvoi des causes aux juridictions de jugement, dans le but de permettre aux juridictions d'instruction de trancher immédiatement toutes les contestations concernant, notamment, les irrégularités entachant les preuves et aux juridictions de jugement de se pencher uniquement sur les questions essentielles de l'appréciation de la preuve, de la déclaration de la culpabilité et de la peine.

⁴⁷ Cass., 24 avril 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 124; lire le commentaire concernant cet arrêt dans: L. Arnou, "Toelaatbaarheid van bewijs in strafzaken en recht van verdediging", R. Cass., 1997, 10.

Il est incontestable que le respect du droit de défense est un des fondements de ce système (Doc. parl., Chambre, 1996-97, n° 857/1, 61-62). Toutefois, pour éviter l'invocation à la légère de moyens divers dans le seul but d'entraver le cours de l'instruction, le dépôt de conclusions écrites devant la chambre du conseil a été imposé.

Les quelques cas sur lesquels, depuis le 2 octobre 1998, date de l'entrée en vigueur de la loi du 12 mars 1998, la Cour a eu à statuer sur cette procédure exceptionnelle, ne concernaient que rarement, et encore indirectement, le droit de défense.

Ainsi, la Cour a déclaré irrecevable à défaut d'intérêt, le pourvoi formé par l'inculpé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui a restitué à cet inculpé l'exercice entier de ses droits de défense après avoir, conformément à sa demande, prononcé la nullité de l'ordonnance de renvoi (Cass., 5 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 9).

Par arrêt rendu le 28 mars 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 208), la Cour a décidé que la purge des nullités par les juridictions d'instruction en vertu des articles 131, § 1^{er}, 136, 136bis et 235bis du Code d'instruction criminelle bénéficie à tous ceux qui sont renvoyés ou seront renvoyés devant la juridiction de jugement lors du règlement de la procédure, même s'ils n'étaient pas concernés par la procédure de purge, de sorte que les pièces nulles ne peuvent plus être utilisées contre eux (voir ci-avant, les conséquences de l'arrêt rendu le 8 mai 2002 par la Cour d'arbitrage dans la cause n° 86/2002).

Suivant l'arrêt de cassation rendu le 18 avril 2001 (*Bull. et Pas.*, 2001, n° 212), l'illégalité des déclarations faites sous serment par une des parties n'entraîne pas nécessairement la nullité de tous les actes d'instruction ultérieurs. Il appartient à la juridiction d'instruction qui constate l'illégalité de certaines preuves, de considérer en fait, et dès lors souverainement, si et dans quelle mesure ces preuves illégales se trouvent ou non à l'origine des autres actes d'instruction ou se confondent avec eux, *de sorte que les droits de la défense et le droit à un procès équitable seraient compromis de manière irréparable* ⁽⁴⁸⁾.

Dans son arrêt du 11 décembre 2001 (P.01.1535.N) - *postérieur à la loi du 4 juillet 2001* - la Cour a expressément confirmé la règle suivant laquelle les décisions d'annulation précédemment rendues sont également obligatoires à l'égard des parties qui n'étaient pas concernées par la procédure de purge et la purge bénéficie à chacun, compte tenu des intérêts de toutes les parties.

Conclusions quant à la problématique de la preuve:

Il peut être fait état d'une limitation du droit de défense au sens d'une relativisation de *'la règle d'exclusion des preuves'* dans le souci d'un juste équilibre soit entre l'intérêt individuel et l'intérêt général, soit entre la

⁴⁸ Voir également: Cass., 25 septembre 2002, P.02.0954.F et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels, R.D.P., 2002, 1220.

protection des droits de la défense et les exigences d'une lutte efficace contre la criminalité ⁽⁴⁹⁾.

Un assouplissement progressif des règles de preuve, originellement rigoureuses, se manifestant à l'heure actuelle en réponse à ces exigences, la question du contrôle de l'admissibilité de la preuve à la lumière du respect du droit de défense, en d'autres termes, de l'inadmissibilité de la preuve illégalement obtenue, devient de plus en plus prépondérante par exemple, lorsque la police et/ou la partie poursuivante n'ont pas participé à cette obtention illicite (voir Cass., 17 janvier 1990, R.W., 1990-91, n° 1, p. 464 et la note signée L. Huybrechts).

La prise en considération du droit de défense conduit, en effet, inéluctablement à une appréciation critique des preuves produites, ce qui entraîne une limitation du principe de la liberté dans l'appréciation des preuves, mais fait naître également une tension au sein même du procès pénal, entre, d'une part, les exigences du respect du droit de défense, et d'autre part, les impératifs de la manifestation de la vérité avec le cas échéant pour objectif la sauvegarde de la preuve, même si celle-ci a été obtenue en violation de prescriptions légales ou en méconnaissance de l'exigence de loyauté.

L'accroissement d'un certain formalisme légal ou de la régulation dans l'administration de certains modes de preuve peut être considéré comme le moyen de compenser cette tension ou de l'esquiver ⁽⁵⁰⁾. Il y a lieu de se référer à cet égard à la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête (M.B.12 mai 2003, p. 25351) ⁽⁵¹⁾.

2.10. L'expertise dans le cours du procès pénal.

Les progrès des sciences exactes et des sciences humaines ont eu pour effet que le recours à l'expertise judiciaire est de plus en plus fréquent. Tant le droit de défense que le champ de l'intime conviction du juge se trouvent en conséquence directement confrontés à des preuves de moins en moins -ou de plus en plus difficilement- contestables, sauf, le cas échéant, au niveau des conditions mises par la loi pour leur administration.

⁴⁹ Ph. Traest, "Het bewijs in strafzaken", Gand, Mys et Breesh, 1992, 352, n° 675; Ph. Traest, "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativisering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", dans Liber Amicorum Jean du Jardin, o.c., (61) 68; J. de Codt, "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve", R.D.P., 2000, p. 56, note 163; J. du Jardin, "De quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale", dans Ann. dr. Louvain, 2000, 146.

⁵⁰ E. Molina, "Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain", Rev.sc.crim., 2002, 263.

⁵¹ Comp. Cass., 26 février 2002, P.01.1473.N; voir le numéro spécial de la revue 'Orde van de dag - Criminaliteit en samenleving' concernant le thème "Bijzondere Opsporingsmethoden - Het doel heiligt de middelen?", Anvers, Kluwer, mars 2003, Fasc. 21 : l'analyse de cette loi par Ph. Traest, (p. 15 e.s.) et les observations critiques de L. Van Oustrive, (p.55 e.s.) qui révèle le déséquilibre instauré par cette loi entre la protection des officiers de la police et les droits de la défense (ibid., p. 68) et se réfère par analogie à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le témoignage anonyme (ibid., p. 69).

Notre examen quant à la manière dont le droit de défense par rapport à l'expertise a été pris en considération par la jurisprudence de la Cour, a porté essentiellement sur le recours à l'expertise judiciaire dans le cours du procès pénal.

La matière n'est que très exceptionnellement et très rudimentairement réglée par la loi ⁽⁵²⁾. L'intrusion de l'expertise dans le procès pénal, qui se singularise par une phase préalable dite inquisitoire, c.-à-d. non-contradictoire, suivie d'une phase dite accusatoire, c.-à-d. contradictoire, mais qui se déroule à un moment où l'expert a déjà rempli sa mission et rédigé son rapport, devait pourtant inéluctablement poser des problèmes quant à l'exercice du droit de défense.

En l'absence de dispositions légales explicites, il revenait à la jurisprudence de se montrer créative.

La position de la Cour a été longtemps la suivante: le caractère inquisitoire de la procédure pénale préparatoire -l'information du procureur du Roi ou l'information judiciaire- n'étant pas compatible avec les dispositions du code judiciaire, celles-ci sont en principe inapplicables en matière pénale: l'expert remplit donc légalement sa mission au pénal hors la présence des parties, même lorsqu'il s'agit d'une expertise portant sur l'objet de l'action civile jointe à l'action pénale. Ce n'est pas le cas à l'égard du ministère public, parce que celui-ci est en charge de l'action publique.

Comme l'écrivait déjà Paul Leclercq sous un arrêt du 22 mai 1922 (*Pas.*, 1922, I, p. 317, note 1): "C'est la qualité du juge qui fixe les formes de la procédure, et non la qualité des intérêts qui sont débattus devant lui. Delà suit que si, par exception, la contestation sur des intérêts privés est portée devant le juge répressif, les formes de la procédure à suivre sont déterminées par les règles sur les litiges soumis aux tribunaux répressifs: le Code d'instruction criminelle et les lois annexes."

La Cour a ainsi rejeté toute contradiction sans faire de distinction entre les expertises relatives à l'action publique ou à l'action civile, ni selon qu'elles étaient ordonnées par le procureur du Roi, par le juge d'instruction ou par le juge du fond. Il suffisait que la contradiction soit assurée devant ce juge du fond.

Un arrêt de la Cour européenne, puis deux arrêts de la Cour d'arbitrage ont amené la Cour de cassation à nuancer -progressivement- sa jurisprudence.

Dans l'arrêt *Mantovanelli c/ France* du 18 mars 1997 (Rec. Cour eur. D.H. 1997-II) -qui concernait toutefois une procédure non pénale mais administrative- la Cour européenne relevait que la faculté pour les parties de faire valoir leurs observations à l'audience était insuffisante; elles eussent dû pouvoir le faire avant même le dépôt du rapport d'expertise.

Dans un arrêt du 30 avril 1997, la Cour d'arbitrage estimait que l'absence de contradiction dans l'expertise pénale aboutissait à ce que la recherche des

⁵² H. Bekaert, "La manifestation de la vérité dans le procès pénal". Troisième partie: De l'expertise dans le cadre du projet, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 127 e.s.

preuves puisse se faire au prix d'une atteinte au droit de défense, celui-ci ne pouvant s'exercer qu'au moment de la discussion du rapport au cours des débats à l'audience ⁽⁵³⁾.

La Cour d'arbitrage relevait qu'il n'y avait pas de dispositions légales régissant l'expertise ordonnée par le juge pénal, qui interdiraient ou rendraient impossible l'application à ce type d'expertise des dispositions du Code judiciaire garantissant le caractère contradictoire de l'expertise en matière civile; et qu'il n'y avait pas davantage de principes généraux de droit qui excluraient l'application de ces dispositions à l'expertise ordonnée par le juge pénal. En conséquence la Cour d'arbitrage estimait que les dispositions du code judiciaire assurant la contradiction dans la procédure devaient être applicables. La circonstance que la juridiction ordonnant l'expertise est une juridiction pénale ne suffisait pas à les rendre inapplicables.

La Cour d'arbitrage confirma son point de vue à propos de l'expertise ordonnée au stade préparatoire de l'information du procureur du Roi et de l'instruction judiciaire (voir les arrêts du 24 juin 1998 et du 13 janvier 1999, R.D.P., 1999, 720).

Sans doute faut-il, estimait la Cour d'arbitrage, mettre un tempérament au principe du contradictoire, en raison des impératifs spécifiques de l'action publique: d'une part le respect de la présomption d'innocence, et, d'autre part, les exigences de la recherche de la vérité sans alerter prématurément le suspect.

La Cour d'arbitrage invitait même le législateur "à tempérer son option (le caractère non contradictoire de l'expertise au stade de l'instruction) et à déterminer dans quels cas et à quelles conditions une expertise doit être contradictoire, même au stade de l'information ou de l'instruction".

Dans son arrêt du 24 juin 1998 (*Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 332), rendu sur les conclusions de l'avocat général De Riemaecker, la Cour de cassation estimait que les règles du code judiciaire qui concernent l'office du juge dans la direction du procès ne peuvent être suivies devant le juge pénal: il s'agissait, par exemple, de la convocation des parties aux opérations d'expertise, au motif que "l'application de cette règle en matière répressive rendrait possible le développement d'un débat contradictoire en dehors de la présence du juge".

⁵³ Il y a à propos de cet arrêt une abondante doctrine; voir notamment: H.D. Bosly, note sous C.A., 30 avril 1997, R.R.O., 1997, 340; B. De Smet, "De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken", RW 1997-1998, 105; A. Masset, "L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire", J.L.M.B., 1997, 792; A. Sadzot, "Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements", J.L.M.B., 1998, 1288; G. Closset-Marchal, "L'expertise et le Code judiciaire", dans les Actes du colloque du 23 mai 2001, consacré à l'expertise, Bruxelles, Bruylant 2002, p. (5) 28 e.s.; P. Martens, "L'influence de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage sur l'expertise en matière pénale, dans: X (éd.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken - Gent, 2000*, 109 et *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, éd., Gand, Mys et Breesch, 2000, (101), 109; Ph. Traest et P. Van Caeneghem, "De tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek in strafzaken", dans "Strafzaken: een status questionis ten behoeve van de rechtspractici", T.Strafr., 2000, 49; voir aussi: Cass. Fr., 16 janvier 2003 et l'observation dans Recueil Dalloz, 29 mai 2003, *Jurisprudence*, sommaires commentés, p. 1403.

La Cour de cassation va, dans le sillage des arrêts de la Cour d'arbitrage, nuancer sa position sur au moins deux points.

D'abord par l'arrêt du 8 février 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 100), rendu en audience plénière sur les conclusions de l'avocat général Duinslaeger, qui avait procédé à une analyse approfondie de toute la problématique, la Cour précise que rien ne s'oppose à l'application des articles 973 et 978 du Code judiciaire (qui concernent la convocation des parties par l'expert, l'envoi des préliminaires aux parties et la prise en compte de leurs observations), lorsque l'expertise ne concerne que les intérêts civils. Par contre l'intérêt supérieur de l'action pénale peut néanmoins faire que l'expert n'accomplisse pas toutes ses opérations en présence des parties ou de leurs conseils. Il appartient au juge de déterminer les modalités d'accomplissement de l'expertise, compte tenu des droits de la défense et des exigences de l'action publique.

Il y a ensuite l'arrêt du 12 avril 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 249)⁽⁵⁴⁾ qui, rappelant qu'une expertise ordonnée par le juge pénal et portant sur l'action publique, n'est en principe pas soumise aux dispositions du Code judiciaire donnant à l'expertise un caractère contradictoire, souligne néanmoins que dans ce cas l'expertise ne peut être accomplie contradictoirement "que pour autant que et dans la mesure où cela lui est imposé par le juge dans le libellé de sa mission; que même dans ce cas l'expert judiciaire apprécie dans quelle mesure une opération d'expertise peut, d'un point de vue technique, être ou non réalisée en présence d'un tiers, tel le conseil technique d'une partie".

Comme le constate G. Closset-Marchal, "le juge, et même l'expert, ce qui est plus contestable, sont donc appelés à apprécier souverainement la faisabilité d'une expertise contradictoire" (o.c., p. 33).

L'évolution de la jurisprudence relative à la matière de l'expertise, dont la place dans le contentieux juridictionnel est de plus en plus importante, est donc remarquable.

Signalons encore quelques arrêts significatifs du point de vue du droit de défense :

- Viole la foi due au rapport d'expertise ainsi que les droits de la défense, le juge qui, à tort, attribue ce rapport à *un expert judiciaire ou à un expert judiciaire désigné par le parquet* sans permettre aux parties de se défendre à l'égard de la valeur probante accrue qu'il attache à ce rapport en raison d'une qualité inexacte qu'il attribue à l'expert. (Cass., 19 mai 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 491).
- Les parties ont le droit de demander une expertise complémentaire, voire la désignation d'un collègue d'experts. (Cass., 24 novembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 490).
- Viole les droits de la défense le juge d'appel qui décide que, nonobstant l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert telle qu'elle a été déterminée par le premier juge, il n'y a pas lieu de modifier cette mission. (Cass., 1^{er} mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 122).

⁵⁴ Cass., 12 avril 2000, R.W. 2001-2002, 306 et la note signée B. De Smet, "De samenwerking tussen de deskundige en de partijen in strafzaken", p.307, n° 3.

-La circonstance que les parties ne peuvent participer à l'expertise ordonnée par le juge d'instruction, sauf si et dans la mesure où celui-ci estime adéquat pour la recherche de la vérité, ne constitue pas en soi une violation du droit de défense. Il appartient donc au juge qui a désigné l'expert -et ce peut être le cas échéant le juge du fond-, de décider du caractère contradictoire de l'expertise selon les nécessités de la manifestation de la vérité.
(Cass., 19 février 2003, P.02.1400.F, J.T., 2003, 464; voir également Cass., 5 mars 2002, P.00.1165.N)

2.11. Les énonciations obligatoires de la citation

Il y a lieu de réitérer à cet égard la référence à la règle de l'article 6.3, a, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que "tout accusé a droit notamment à 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".

Dans son arrêt du 14 mai 2003 la Cour d'arbitrage précise que "le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable." (M.B., 30 mai 2003, p. 29589, B.9.3)

A ce propos la jurisprudence de la Cour européenne est très claire:
"Als centraal bestanddeel van elke strafrechtspleging is de juridische kwalificatie van het aan de beschuldigde ten laste gelegde strafbare feit een voorwaarde voor een eerlijk procesverloop. (...) Een nauwkeurige en volledige kennisgeving van de bezwaren die tegen de beschuldigde bestaan is een essentiële voorwaarde voor een eerlijk proces" ⁽⁵⁵⁾.

Il serait vain de tenter de retrouver cette règle dans le Code d'instruction criminelle (voir notamment les articles 145, 182 et 211).

Nous n'avons pu relever, pour la période qui nous intéresse, aucun arrêt de la Cour se prononçant sur une violation du droit de défense en rapport avec les exigences quant aux mentions que doit contenir la citation.

Il est vrai que le juge du fond apprécie souverainement si le défaut d'un élément essentiel de la citation constitue effectivement une violation du droit de défense.

Dans les cas évoquant cette problématique devant elle, la Cour n'a pas conclu à la violation du droit de défense par le motif que les juges d'appel avaient pu constater concrètement que ce droit n'avait pas été violé. Ceci n'empêche pas qu'en principe, l'absence de certains éléments essentiels peut donner lieu à une violation du droit de défense, par exemple, lorsque le

⁵⁵ Balans van de rechtspraak van het Hof voor het jaar 2001 – Stuk, opgemaakt door de rechtsgeleerde onder toezicht van de voorzitter van het Hof, R.U.D.H. 2002, (126) 137.

prévenu n'a pas eu, *in concreto*, la possibilité d'exercer librement ses droits de défense.

Pourraient ainsi, *en principe*, constituer une violation du droit de défense:

- l'omission de l'indication de la date et du lieu des faits (Cass., 9 juin 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 274); si elle est nécessaire, l'indication de la date des faits dans la citation n'est que provisoire et il appartient au juge du fond de déterminer définitivement, en la rectifiant le cas échéant, la date de l'infraction d'après les résultats de l'instruction; le juge ne peut toutefois procéder à cette rectification qu'à la double condition que les faits retenus par lui soient les mêmes que ceux qui fondaient la poursuite et que le prévenu ait eu la possibilité de présenter sa défense contre la qualification rectifiée (Cass., 21 septembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 390, voir également 8 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 294);
- le défaut d'indication de la disposition légale violée, lorsque le prévenu ne connaît pas avec suffisamment de certitude l'objet de la prévention (Cass., 13 février 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 77);
- l'énonciation incomplète de l'objet et de la cause de la citation (Cass., 13 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 443; 29 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 211);
- le fait qui constitue la prévention doit être énoncé de manière à en faire connaître suffisamment l'objet (Cass., 23 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 534; 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 306);
- s'il est requis qu'un prévenu soit suffisamment informé des faits mis à sa charge, aucune disposition ne prescrit que l'information puisse uniquement avoir lieu par la voie d'une ordonnance de renvoi ou d'une citation; une telle information peut également être trouvée au moyen des pièces du dossier répressif dont le prévenu peut prendre connaissance et au sujet desquelles il peut librement exercer son droit de défense devant le juge (Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335; 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 306);
- l'omission de la qualité dans laquelle le prévenu est cité à comparaître, si cette qualité constitue un élément essentiel de l'infraction ou s'il est établi que l'irrégularité a porté atteinte au droit de défense (Cass., 19 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 609; 13 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 443; 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 306; 12 novembre 2002 et les conclusions de Monsieur l'avocat général De Swaef, RG P.01.0962.N, NjW 2003, 130);
- lorsqu'un fait est qualifié dans la décision de renvoi ou dans la citation, mais que cette qualification n'est pas suffisamment précise, le prévenu doit être tenu informé, en vue de l'exercice de son droit de défense, de la précision qui y sera apportée et le juge doit également lui donner la possibilité de se défendre à ce propos, en ajournant l'examen de la cause si besoin est. Tant le ministère public, la partie civile que le juge peuvent procéder à la notification de la précision et cette précision peut même avoir lieu pour la première fois en appel (Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335; 31 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 589);

- sur le pourvoi du procureur général, fait par application de l'article 441 du Code d'instruction criminelle, la Cour annule sans renvoi le jugement qui viole le droit de défense du prévenu en condamnant celui-ci par défaut lorsque la citation à comparaître devant la juridiction répressive a été signifiée par erreur à une personne autre que le prévenu et que celui-ci n'a eu connaissance de ladite citation qu'après la date de l'audience (Cass., 15 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 626).

*

3. Le droit de défense et le principe du contradictoire au pénal

3.1. Le principe du contradictoire

L'ancrage fondamental du principe général du droit que constitue le respect du droit de défense réside en dernier analyse dans la mise en œuvre du principe du contradictoire, qui en est, surtout -mais pas seulement- en matière pénale la composante majeure ⁽⁵⁶⁾.

Sans débat contradictoire, il n'y a en effet pas de réelle défense. Le plein exercice du droit de défense par chacune des parties au litige est un principe fondamental qui domine l'ensemble du procès depuis l'acte introductif d'instance jusqu'au jugement définitif ⁽⁵⁷⁾.

En vertu de ce principe, une partie ne peut être correctement jugée sans avoir pu défendre entièrement et librement sa cause, sans connaître l'objet de la demande adverse, ses moyens et les pièces produites à l'appui de celle-ci, ce qui implique qu'avant jugement le débat ait été contradictoire; "il n'est de défense que dans la contradiction" (ibid., p. 9).

Ce principe n'a jamais été contesté. Il est d'ailleurs consacré expressément ou implicitement par de nombreuses dispositions du Code judiciaire et du Code d'instruction criminelle.

Il est généralement admis que ce principe, comme l'écrit R. Declercq, "samenvalt met het recht van verdediging dat een algemeen rechtsbeginsel is dat geldt voor alle gerechten - en eigenlijk t.o.v. alle procespartijen -, ook al heeft de wetgever de uitoefening ervan niet of niet helemaal of op een verschillende manier geregeld in bepaalde domeinen" ⁽⁵⁸⁾. L'auteur ajoute: "er is geen algemeen rechtsbeginsel inzake tegenspraak dat verschillend zou zijn van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging" (Voir Cass., 17 juin 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 537; 4 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 522; 14 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 24; 11 décembre 2001, P.01.1535.N; 21 mai 2003, P.03.0439.F).

⁵⁶ L. Favoreu, "Droit des libertés fondamentales", Précis Dalloz, 2002, pp. 477-478, n° 657; -Lire dans le Rapport annuel de la Cour de cassation de France, La documentation française, 2001, D. Karsenty, "Le droit au procès équitable", pp. 111-130.

⁵⁷ A. Fettweis, o.c., p.13.

⁵⁸ R. Declercq, o.c., n° 1003 et la note 346.

Dans une remarquable note intitulée "L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire", (publiée sous Cass., 8 octobre 2001 in R.C.J.B., 2002, (231), 242), G.Closset-Marchal, partant de l'idée que "le respect des droits de la défense est un principe de droit pénal et de procédure pénale mettant l'accent, comme son nom l'indique, sur la défense de la personne poursuivie, tandis que le principe du contradictoire tend, en procédure civile, à protéger les droits de toutes les parties à l'instance, qu'il s'agisse non seulement du défendeur, mais également du demandeur ou d'un intervenant", fait observer que l'identification du principe du contradictoire au respect du droit de défense n'est qu' "approximative", en ce que " le principe du contradictoire est, à la fois, plus étendu et plus limité que le respect des droits de la défense. Plus étendu en ce qu'il concerne toute partie à l'instance, quelle que soit sa situation procédurale. Plus limité en ce qu'il ne constitue qu'un moyen parmi d'autres, le plus important sans doute, de protéger les droits des parties" l'auteur ajoute néanmoins que "l'expression 'droits de la défense' est cependant communément admise".

Comme pour le droit de défense, l'obligation de respecter le contradictoire tout au long du procès et à travers chaque incident que l'instance peut comporter, est à ce point évidente que, comme le relève encore G.Closset-Marchal (ibid.) "ni le Constituant, ni le législateur n'ont cru devoir le consacrer, de manière générale, dans un texte".

Le principe du contradictoire peut en conséquence être considéré comme "un principe général du droit" s'imposant au juge (cfr. la mercuriale du procureur général W.J. Ganshof van der Meersch, déjà citée), comme il en est du principe général du droit de défense, dont il est d'ailleurs difficilement dissociable (Voir, G. de Leval, o.c., n°16, pp. 28 et 29) .

3.2. Le principe du contradictoire en matière pénale ⁽⁵⁹⁾

Viola le droit de défense, la décision de condamnation qui modifie la date des faits de la prévention sans que le prévenu ait été averti de la modification, alors que cette date constituait un élément de la défense du prévenu, qui invoquait la prescription de l'action publique (Cass., 21 avril 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 419 – voir ci-avant: les énonciations obligatoires de la citation).

Le juge ne peut condamner un prévenu du chef d'une infraction autre que celle pour laquelle il était poursuivi que s'il constate, soit que le fait ainsi retenu est celui même qui fondait la poursuite ou y était compris, et que le prévenu a été invité à se défendre sur la nouvelle qualification, soit que le prévenu avait comparu volontairement devant le premier juge du chef du fait,

⁵⁹ C'est cet aspect du droit de défense que M. le procureur général Hayoit de Termicourt avait analysé dans sa mercuriale du 15 septembre 1956.

Voir également: Cass., 10 septembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 13; 8 octobre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 70; 29 juin 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 312; 14 mai 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 229; 16 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 362; 23 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 392; 10 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 599; 29 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 211; 19 avril 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 262; 29 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 655.

distinct, retenu à sa charge ou avait été cité à comparaître de ce chef (Cass., 21 janvier 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 263).

Lorsqu'une personne est poursuivie du chef de participation à un crime ou un délit prévu par le Code pénal suivant un des modes défini par les alinéas 2 et 3 de l'article 66 de ce même code, le juge ne peut la condamner du chef d'avoir provoqué directement ce crime ou ce délit, si elle n'a pas été informée de la disqualification et qu'elle n'a pu présenter ses moyens de défense quant à cette nouvelle qualification (Cass., 26 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 432). Toutefois, il n'est pas requis que le prévenu soit averti de la requalification des faits mis à sa charge, pour autant que celui-ci ait pu exercer son droit de défense (Cass., 8 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 72; 1^{er} février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 62; 31 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 268; 1^{er} octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 379 et 14 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 24).

Si le droit de défense requiert qu'un prévenu soit suffisamment informé des faits mis à sa charge, aucune disposition ne prescrit que l'information puisse uniquement avoir lieu par la voie d'une ordonnance de renvoi ou d'une citation; une telle information peut également être donnée soit au moyen des pièces du dossier répressif dont le prévenu peut prendre connaissance et au sujet desquelles il peut librement exercer son droit de défense devant le juge, soit par les réquisitions prises à l'audience par le ministère public, soit par une invitation du juge à se défendre sur la requalification, pour autant qu'elles concernent les faits sur lesquels se fonde l'ordonnance ou la citation (Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335).

En matière répressive, le juge ne peut rejeter une action civile sur un motif invoqué d'office qui n'est pas d'ordre public et qui n'a pas fait l'objet d'une contestation entre les parties, mais il peut, sans violer le droit de défense, suppléer d'office aux motifs invoqués par les parties dès lors qu'il se fonde uniquement sur des faits ou sur des pièces régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande (Cass., 30 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 263).

Le juge peut suppléer d'office aux motifs proposés par les parties en se fondant sur une pièce régulièrement versée aux débats et dont le demandeur et son conseil font usage; en déduisant de cette pièce l'existence d'un élément de fait bien qu'aucune des parties n'ait opéré cette déduction, le juge ne méconnaît ni le principe du contradictoire ni le principe général du droit relatif au droit de défense (Cass., 23 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 398).

Le caractère contradictoire de la procédure devant la cour d'assises, ainsi que le droit à un procès équitable et le droit de défense sont en principe sauvegardés lorsqu'il est offert à l'accusé des possibilités de se défendre au cours de l'instruction judiciaire et de faire interroger les témoins anonymes au cours des audiences de la cour d'assises (Cass., 15 juillet 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 314; voir ci-avant: la preuve testimoniale anonyme).

Méconnaît le principe général du droit relatif au respect du droit de défense, la décision qui renvoie le prévenu au tribunal correctionnel sans qu'il ait été convoqué à l'audience aux fins d'y être entendu (Cass., 24 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 115; voir toutefois, Cass., 26 mars 2003, P.03.0208.F).

La qualification ne peut être régulièrement modifiée que sous la double condition que les faits retenus par le juge soient les mêmes que ceux qui fondaient la poursuite et que le prévenu ait été à même de présenter sa défense contre la nouvelle qualification; il en est ainsi lorsque la partie civile a déposé des conclusions demandant une telle modification de la prévention et que le prévenu a été mis en mesure de faire valoir ses observations, en disposant du temps nécessaire à la présentation de sa défense ⁽⁶⁰⁾.

Le respect du droit de défense et, plus spécialement, de la règle des débats contradictoires relatifs à des pièces nouvellement jointes au dossier, est garanti par la notification à l'inculpé et à son conseil que le dossier est à leur disposition pour consultation avant l'audience, sans que l'existence de pièces nouvelles doive être spécialement mentionnée (Cass., 13 juillet 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 415).

Le principe général du droit relatif au respect du droit de défense ne prescrit pas au juge de soumettre à la contradiction des parties le raisonnement par lequel il s'est convaincu (Cass., 10 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 599; 5 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 7).

Les pièces à conviction, indépendamment du fait qu'elles ont été déposées au greffe soit du tribunal de police ou du tribunal correctionnel, soit de la juridiction qui connaît de la cause en degré d'appel, font partie du dossier répressif dont les parties et le juge peuvent prendre connaissance et sont soumises à la contradiction des parties (Cass., 18 juillet 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 428).

Lorsqu'il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que, après la clôture des débats et avant l'audience durant laquelle l'arrêt a été prononcé, des pièces ont été soumises au juge, desquelles il ne s'avère pas qu'il les a soit écartées des débats soit soumises à la contradiction des parties, la Cour ne peut vérifier si le juge ne s'est pas appuyé dans son jugement sur des pièces n'ayant pas été soumises à la contradiction des parties (Cass., 10 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 531).

La remise à l'inculpé d'une copie des procès-verbaux contenant ses auditions, dès qu'un mandat d'arrêt lui a été signifié, a été imposée afin de permettre à l'inculpé de mieux préparer sa défense, d'éclairer son avocat et de rendre possible un éventuel débat contradictoire avant la première comparution en chambre du conseil; cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité, la sanction de sa méconnaissance s'appréciant au regard de l'exercice effectif du droit de défense (Cass., 13 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 689).

⁶⁰ Cass., 3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 126; voir aussi Cass., 14 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 24; 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 21; voir également ci-après: Les droits de la défense et la requalification.

Pour apprécier si une cause a été entendue équitablement au sens de l'article 6.1 C.E.D.H., il convient de rechercher si la cause, prise dans son ensemble, a été l'objet d'un procès équitable: dès lors que le prévenu a eu la possibilité, devant la juridiction de jugement, de contredire librement les éléments apportés contre lui par le ministère public, il ne pourrait prétendre que son droit de défense a été méconnu ni qu'il n'a pas eu droit à un procès équitable (Cass., 5 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 336 ; 16 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 288).

Viole le droit de défense, l'arrêt qui décide que le demandeur a commis une faute concrète en lien causal avec le dommage qu'il a subi, sans ordonner la réouverture des débats afin de lui permettre de se défendre sur cette faute concrète, lorsque le défendeur qui, certes, conteste être totalement responsable de l'accident, ne précise pas quelle faute en lien causal avec le dommage est reprochée au demandeur (Cass., 12 février 2002, RG P.00.0984.N).

La chambre des mises en accusation ne peut, sans ordonner la réouverture des débats, soulever une cause de nullité, d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique qui, faute d'avoir été invoquée par une partie, n'a pu faire l'objet d'un débat contradictoire (Cass. 5 mars 2003, P.02.1496.F).

3.3. Le droit de défense et la requalification

Le juge du fond est saisi de faits et non de qualifications. Il est même tenu de donner au fait retenu sa qualification légale correcte, même si la *nouvelle* qualification comprend d'autres éléments de droit que ceux contenus dans la qualification originaire (Cass., 2 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 522; voir également: Cass., 21 janvier 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 263).

Lorsqu'il estime devoir modifier la qualification originaire, il est tenu d'en avertir le prévenu et de lui permettre de présenter réellement tous ses moyens de défense ⁽⁶¹⁾.

Suivant la Cour, "la qualification est modifiée de manière régulière pour autant que le prévenu ait été averti de la modification *ou* qu'il ait fait valoir ou pu faire valoir ses moyens de défense". Le cas échéant, le juge est tenu d'ordonner la réouverture des débats ⁽⁶²⁾.

Lorsque la qualification d'un fait dans l'ordonnance de renvoi ou la citation n'est pas suffisamment précise, le prévenu doit être tenu informé de la précision qui y sera apportée et le juge doit également lui donner la possibilité de se défendre à ce sujet, en remettant l'affaire si besoin est. Tant le

⁶¹ Cass., 10 avril 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 419; 21 janvier 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 263; 26 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 432; 8 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 72; 14 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 24; 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 21; 17 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 554; 16 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 288; 4 décembre 2001, P.00.0558.N; 23 octobre 2002, P.02.0958.F; Lire: B. Lapériou-Schneider, "Haro sur l'obligation d'informer le prévenu", dans Dalloz, 2002, jurisprudence, commentaires, 31.

⁶² Cass., 8 décembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 774; 8 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 72; 1^{er} février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 62; 31 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 268; 1^{er} octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 379.

ministère public ou la partie civile que le juge peuvent procéder à l'information de la précision et cette précision peut même avoir lieu pour la première fois en appel.

(Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335; 31 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 589; voir également: Cass., 4 décembre 2001, P.00.0558.N). Par ces décisions, la Cour reste fidèle à sa jurisprudence traditionnelle (voir R. Declercq, o.c. n° 1008, et la note 347).

Ce problème de qualification se pose également en matière non pénale, sous le couvert d'un principe spécifique, *le principe dispositif* (voir *infra*).

3.4. La conviction du juge et les éléments de fait non soumis à contradiction

La règle est suffisamment connue: le juge qui fonde sa décision sur ses connaissances personnelles ou encore sur des éléments de fait ou des renseignements recueillis en dehors de l'instruction et des débats que les parties n'ont pu contredire, viole le droit de défense. (Cass., 14 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 92; 25 septembre 2002, P.02.0954.F; 6 novembre 2002, P.02.0755.F; 20 novembre 2002, P.02.0708.F).

Toutefois, il ne se déduit pas nécessairement de ce seul fait qu'il s'est fondé sur des faits ressortissant à sa connaissance personnelle; ces données peuvent avoir été fournies par d'autres éléments du dossier ou de l'instruction d'audience. (Cass., 13 mars 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 423).

Cette règle vaut évidemment en matière pénale, mais également en matière civile (Cass., 15 octobre 1992, J.T., 1993, 226; 11 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 19; 14 novembre 2002, C.01.0125.F).

Il est fait exception à cette règle pour des faits considérés comme notoires ou d'expérience commune.

(Cass., 25 janvier 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 39; 23 septembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 364; 26 juin 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 346; 25 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 575; 6 novembre 2002, C.01.0152.F, C.01.0138.F et 19 juin 2003, C.01.0383.F).

3.5. Poursuite d'une personne morale et de la personne habilitée à la représenter

La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales a inséré un article 2bis dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale qui prévoit la désignation d'office, par le juge pénal, d'un mandataire *ad hoc* chargé de représenter la personne morale faisant l'objet des poursuites.

Le juge pénal qui condamne une personne morale sans convoquer ni entendre préalablement le mandataire *ad hoc* viole le droit de défense de ce dernier, dès lors qu'en raison de son mandat judiciaire, il doit précisément être appelé à la cause. Il suit de la circonstance que la Cour a accueilli son pourvoi en cassation que l'arrêt attaqué n'est pas censé constituer un arrêt rendu par défaut à l'égard du mandataire *ad hoc* (⁶³).

⁶³ Cass., 7 janvier 2003, P.02.0271.N, et la note circonstanciée, signée par l'avocat général P. Duinslaeger; - Sur la question de l'action en justice des personnes morales, voir: A. Decroës,

Ayant instauré une cause exclusive de peine pour une infraction commise tant par une personne physique que par une personne morale, au profit de celle des deux qui a commis la faute la moins grave, pour autant que l'infraction ait été commise par négligence par la personne physique, la loi associe la cause exclusive de peine au fait que la personne morale puisse être sanctionnée. (Cass., 3 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 511, R.D.C.B., 2003, 191).

3.6. Le droit de défense et l'exigence du délai raisonnable

La personne poursuivie trouve dans le droit, que lui reconnaît l'article 6.1 C.E.D.H., d'être entendue dans un délai raisonnable par un tribunal qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, une garantie du point de vue de l'exercice de son droit de défense. Rendre la justice dans un délai raisonnable constitue même une obligation qui va plus loin que le respect du droit de défense, parce que cette obligation doit être mise en regard de "ce mal qui nous ronge" qu'est l'arriéré judiciaire ⁽⁶⁴⁾.

Nous prenons comme point de départ de notre réflexion la loi du 30 juin 2000 qui a inséré un article 21 ter dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, réglant précisément les conséquences du dépassement, en tenant compte de la fragilisation du droit de défense que ce dépassement peut entraîner ⁽⁶⁵⁾, notamment en ce qui concerne la discussion des éléments de preuve produits à son égard.

La genèse de cette loi se retrouve précisément dans la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle a connu une évolution significative ⁽⁶⁶⁾, et, par exemple, dans l'arrêt du 9 décembre 1997 que le législateur a cité plus particulièrement ⁽⁶⁷⁾.

Cet arrêt édictait que lorsque le juge "constate régulièrement que la violation (de l'article 6.1 C.E.D.H.) est excessive à ce point que même une peine minimum, fût-elle prononcée avec sursis, ne constituerait pas une réparation adéquate, il peut se borner à déclarer l'inculpé coupable".

Le juge pénal qui constate que le délai raisonnable a été dépassé peut aussi prononcer une peine, justifiée en droit, qui n'est *pas inférieure* au minimum légal, mais qui est "réduite de manière réelle et mesurable par rapport à celle

"L'action en justice des personnes morales: de la décision d'agir à la comparition", T.B.B.R., 2003, p. 294 e.s.

⁶⁴ Selon la formule de J. van Compernelle, "Les garanties du procès équitable ou la construction d'un droit processuel commun", Act.dr., 2003, 31.

⁶⁵ Ce que soulignait le Conseil d'Etat dans son avis -Doc.Parl.,Chambre, 1998-1999, n° 1961/4, 25 mars 1999, Avis du Conseil d'Etat, p.4; - Cass. 17 et 31 octobre 2001, P.01.0807 F et P.01.1036 F; voir aussi: Fr. Kutry: "Durée du délibéré en degré d'appel, dépassement du délai raisonnable et appréciation de la part de la Cour de cassation", note sous Cass., 10 février 1999 et 30 juin 2000 R.C.J.B., 2002, 63.

⁶⁶ Sur cette évolution significative, lire D. Holsters, "Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., p. 43.

⁶⁷ Cass., 9 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 543, et les conclusions de l'avocat général Bresseleers dans A.C., sous le même numéro; voir aussi: Cass., 25 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 64, prononcé en audience plénière; Doc.Parl., Sénat, 1999-2000, n° 2-279/3, 14 juin 2000, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Taelman, p. 2.

qu'il aurait pu infliger s'il n'avait pas constaté la durée excessive de la procédure" ⁽⁶⁸⁾.

Mais le juge est en tout cas tenu de déterminer les effets qui, à son estime, doivent être dégagés du dépassement. Il ne peut légalement décider que le dépassement ne lèse pas le prévenu ⁽⁶⁹⁾, mais il ne peut déclarer l'action publique irrecevable ou éteinte ⁽⁷⁰⁾.

"Dépasser le délai raisonnable porte en soi atteinte au droit fondamental qui est reconnu au prévenu par l'article 6.1 C.E.D.H.; la circonstance que le prévenu a la possibilité d'accélérer l'examen de sa cause en comparaisant volontairement devant le juge pénal et qu'une telle coopération n'entraîne pas que ses droits s'en voient compromis devant la juridiction de jugement, n'y change rien" ⁽⁷¹⁾.

La personne poursuivie n'est en aucun cas tenue de coopérer activement avec les autorités judiciaires afin s'accélérer l'examen de sa cause dans un délai raisonnable.

(Cass., 29 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n°67).

Mais celui qui exerce surabondamment ses droits procéduraux, sans que l'on puisse reprocher aux autorités judiciaires des périodes d'inactivité ou des lenteurs injustifiées, est malvenu de se plaindre d'un dépassement du délai raisonnable ⁽⁷²⁾. Deux arrêts faisant application du nouvel article 21ter méritent d'être signalés ⁽⁷³⁾.

3.7. Le droit de défense vis-à-vis de la motivation de la peine – art. 195, C.I.cr.

L'exigence de motivation quant à la peine ou à la mesure prononcée et quant au degré de cette peine ou mesure, permet au condamné de mieux comprendre la décision qui le condamne et notamment de savoir dans quelle mesure il a été tenu compte de sa défense. C'est pourquoi il est d'ailleurs de règle que le juge statue par une seule et même décision sur la culpabilité et sur la peine. (voir sur ce dernier point les conclusions du ministère public sub Cass., 8 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 98).

Est en conséquence illégale pour défaut de motivation, la décision du juge d'appel qui aggrave la durée de l'emprisonnement fixée par le premier juge sans en indiquer le motif.

(Cass., 31 mars 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 410; voir aussi: Cass., 6 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 530; -29 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 492; -16 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 127)

⁶⁸ Cass. 17 en 31 octobre 2001, P.01.1036.F en P.01.0807.F.

⁶⁹ Cass., 13 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 247; 29 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 408; 31 octobre 2001, P.011.1036 F.

⁷⁰ Cass., 9 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 543, cité ci-dessus; 13 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 247.

⁷¹ Cass., 6 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 67.

⁷² Cour eur. D.H., arrêt Debbasch c. France, du 3 décembre 2002, requête n° 49.392/99.

⁷³ Cass. 17 octobre 2001, P.01.0807 et 31 octobre 2001, P.01.1036; voir aussi Cass. 15 octobre 2002, P.01.1365 N; voir aussi Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146 N

L'individualisation de la peine n'autorise toutefois pas le juge à sanctionner la manière dont l'inculpé s'est défendu.

L'exercice plein et libre du droit de défense, dont la présomption d'innocence est un des aspects, implique, en effet, que le prévenu ne doit en principe pas rendre compte de la manière dont il organise sa défense ou soutient son innocence.

(Cass., 6 mars 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 408; -18 janvier 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 27; -3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 125; -10 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 143).

Rappelons toutefois que la présomption d'innocence ne concerne que la déclaration de culpabilité du prévenu relative aux faits mis à sa charge; cette présomption n'empêche pas le juge de prendre en considération, lors de la détermination du taux de la peine, tous les éléments propres à la personnalité du prévenu.

(Cass., 16 novembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 463).

Il y a ainsi violation du droit de défense lorsque le juge motive la gravité - ou l'aggravation - de la peine notamment par :

- le cynisme de la défense (Cass., 16 octobre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 84),
- le refus d'avouer (Cass. 24 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 112),
- la manière de soutenir son innocence "malgré les éléments du dossier" (Cass., 3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 125),
- la mauvaise foi -dans le contexte de la détention préventive (Cass., 24 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 629),
- la circonstance que l'inculpé n'avait toujours pas mis fin à la situation illicite pour laquelle il était poursuivi, les juges d'appel lui reprochant une abstention coupable, ce qu'ils ne pouvaient faire qu'après sa condamnation définitive du chef des faits mis à sa charge (Cass., 25 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 258).

Autre chose est de tenir compte, pour l'appréciation du taux de la peine, de l'attitude que l'inculpé a eu au cours de l'enquête à l'égard des témoins et des victimes, celui-ci "n'ayant cessé, au cours de l'enquête, de revendiquer sa manière d'agir en tentant de tourner en dérision les multiples témoins et victimes qui l'accablent" (Cass., 19 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 294).

3.8. Le droit de défense et la chose jugée au pénal.

Le principe général du droit de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal, traditionnellement admis, est affaibli par la récente jurisprudence de la Cour. Les droits de la défense ont été le "trigger" ⁽⁷⁴⁾ de cette évolution jurisprudentielle remarquable en ce que, dans un premier temps, elle a modéré l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal pour finalement renoncer à celle-ci.

Cette (r)évolution a été entamée par l'arrêt rendu le 15 février 1991 (*Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 322) en audience plénière sur les conclusions circonstanciées de l'avocat général D'Hoore suivant lesquelles les garanties

⁷⁴ "Trigger" ou déclencheur: lire la fine analyse de cette jurisprudence faite par Ingrid Boone: "Gezag van strafrechtelijk gewijsde en de burgerlijke rechter", dans *NjW*, 2002, 336.

prévues au bénéfice des parties au procès par l'article 6.1, C.E.D.H. priment l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties au procès pénal.

"Arrêt remarqué autant que remarquable, dont la doctrine tint à épingler la motivation dense et presque frappée en médaille ⁽⁷⁵⁾ (...) Si l'application du principe général du droit (consacrant l'autorité *erga omnes* de la chose jugée) est contraire à l'article 6 de la Convention, la disposition de la Convention, qui a un effet direct, prime". L'éminent auteur signale que "cet arrêt a eu un retentissement considérable. Il permet désormais à tout tiers, étranger au procès pénal, qui se voit assigné au civil sur la base des constatations matérielles couvertes par l'autorité de la chose jugée du jugement pénal, d'invoquer le droit au procès équitable pour se voir accorder le droit de réfuter la preuve alléguée".

Ainsi, le principe du procès équitable visé à l'article 6.1, précité implique-t-il la possibilité dans le chef de toute personne intéressée de faire valoir ses droits au titre de partie au procès.

I. Boone relève à bon droit que "het Hof niet zegt dat de toepassing van de internrechtelijke regel voor de direct werkende verdragsbepaling moet wijken, maar het kent aan het gezag van het strafrechtelijk gewijsde een beperkte draagwijdte toe, zodat dit verenigbaar wordt met het recht van verdediging en met het recht op een eerlijk proces" (o.c., p. 339).

Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts des 14 avril 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 178), 14 juin 1996 (*Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 234), 2 octobre 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 381) et 24 juin 2002, C.01.0508.N; voir aussi: Cass., 16 mai 2003, C.01.0473.N.

Non seulement les décisions du juge pénal portant sur des constatations de fait mais aussi les décisions concernant des questions juridiques, telle que l'existence de lien de causalité, peuvent être contestées devant le juge civil.

Quant aux décisions des juridictions d'instruction, celles-ci n'ont autorité de chose jugée que dans les seuls cas où la loi leur attribue le pouvoir de statuer sur le fond de la cause comme une juridiction de jugement. Tel n'est pas le cas lorsqu'une juridiction d'instruction statue sur une cause de justification, par exemple la légitime défense ⁽⁷⁶⁾.

Il suit également de cette jurisprudence que l'autorité de la chose jugée au pénal ne fait plus obstacle à ce qu'une partie à un procès pénal conteste ultérieurement, au cours d'un procès civil, les éléments à l'égard desquels elle n'a pu faire valoir de moyens de défense antérieurement, tel que, par exemple, l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs qui, légalement, ne peut contester le lien de causalité devant le juge pénal.

⁷⁵ J. van Compemolle, o.c., 17 e.s.; A. Giudicelli, Chroniques, Chronique de jurisprudence, procédure pénale, *Rev. Sc. crim.*, 2003, pp. 125 e.s.

⁷⁶ Cass., 28 novembre 2002, C.01.0102.F, et les intéressantes conclusions de l'avocat général De Riemaeker, portant sur le problème de la chose jugée reconnue aux décisions des juridictions d'instruction.

Quiconque n'était pas partie à un procès pénal a le droit de contester les conséquences de la décision pénale qui lui sont néfastes sans même devoir invoquer le droit de défense ⁽⁷⁷⁾.

Il est clair que les conséquences de cette jurisprudence sont radicales ⁽⁷⁸⁾, notamment en ce qui concerne la théorie de l'unité des fautes pénale et civile ⁽⁷⁹⁾.

Il est également remarquable que, bien qu'inspirée du droit de défense, la jurisprudence de l'arrêt rendu le 2 octobre 1997 – ainsi que par ailleurs celle de l'arrêt innovateur du 15 février 1991 – permettent la contestation d'éléments déduits du dossier répressif, sans l'invocation du droit de défense, ce qui est par ailleurs inutile dès lors qu'il est admis que l'article 6.1, C.E.D.H. consacre ce droit (voir les conclusions de l'avocat général D'Hoore, déjà citées, p. 643).

Ceci confirme également la thèse suivant laquelle, contrairement au principe général du droit relatif au respect du droit de défense, l'autorité de la chose jugée revêt un caractère purement *fonctionnel*; elle constitue uniquement "een processuele techniek die beoogt de onveranderlijkheid van het definitief rechterlijk oordeel te waarborgen" ⁽⁸⁰⁾.

*

4. Le principe du contradictoire en matière civile

4.1. Le principe du contradictoire

Viola le droit de défense, le juge qui fonde sa décision sur un moyen qui n'a pas été invoqué par les parties ou sur un moyen invoqué d'office, sans donner à celles-ci la possibilité de se défendre à cet égard ⁽⁸¹⁾.

Est irrecevable le moyen de cassation qui invoque la violation du principe général du droit du contradictoire alors qu'il se limite à reprocher au juge d'avoir fondé sa décision sur un moyen qui n'avait pas été invoqué par les parties, sans avoir donné à celles-ci la possibilité de se défendre à ce sujet; il

⁷⁷ Cass., 2 octobre 1997, *Bull. et Pas.* 1997, I, n° 381, avec les conclusions de l'avocat général Dubrulle; I. Boone, o. c., p. 341, n° 13.

⁷⁸ L'analyse précitée de I. Boone se révèle particulièrement intéressante sur ce point.

⁷⁹ I. Boone, o. c., et la note 32; voir également Ch. Hennau-Hublet, G. Schamps, "Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée. Prescription extinctive de l'action civile. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Faute pénale et faute civile, *Ann. dr. Louvain* 1995, 113 – 200; G. Schamps, Unité des fautes civile et pénale: une brèche, *J.L.M.B.*, 1991, 1165 - 167, note sous Cass., 15 février 1991, RG 6764.

⁸⁰ P. Taelman, "Het gezag van het rechterlijk gewijsde - een begrippenstudie", Kluwer, 2001; lire aussi la critique de M. le procureur général E. Krings, dans *R.W.* 2002-2003, 478-479.

⁸¹ Cass., 10 septembre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 14; 8 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 131; 26 juin 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 326; 21 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 391; 7 avril 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 171; 22 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 266; 28 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 74; 20 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 632; 12 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 82; 28 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 409; 9 novembre 2001, C.00.00162.F.

n'existe pas, dans ce cas, de principe général du droit "du contradictoire" applicable, qui se distinguerait du principe général du droit relatif au respect du droit de défense (Cass., 17 juin 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 537; 4 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 522).

Bien qu'il soit tenu d'appliquer les règles de droit en vigueur aux éléments soumis à son appréciation par les parties, le juge a également l'obligation de respecter le droit de défense; il ne peut rejeter une demande sur la base d'un abus de droit si ce fondement juridique n'a pas été invoqué par les parties. (Cass., 11 juin 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 532).

Le juge qui écarte des débats des conclusions contestant l'applicabilité de l'article 751 du Code judiciaire déposées postérieurement à l'expiration du délai, viole le droit de défense en ce qu'il n'autorise pas la partie intéressée à contester la régularité de la procédure (Cass., 4 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 357 – voir également ci-après: le droit de défense et le dépôt de conclusions).

Le juge est tenu d'examiner la nature juridique des faits invoqués par les parties et, quelle que soit la qualification que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués devant lui, dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande; il doit, ce faisant, respecter les droits de la défense (Cass., 19 juin 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 326).

Elève une contestation dont les conclusions des parties ne font pas état et au sujet de laquelle ces parties n'ont pu s'expliquer, le juge d'appel qui décide que, nonobstant l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert telle qu'elle a été déterminée par le premier juge, il n'y a pas lieu de modifier cette mission; ce faisant, le juge d'appel viole le principe dispositif, si la contestation est étrangère à l'ordre public, et dans tous les cas, le principe général du droit relatif au respect du droit de défense. (Cass., 1^{er} mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 122).

L'article 6.1, C.E.D.H. garantit à toute personne le droit à un examen équitable de sa cause par une instance judiciaire indépendante et impartiale; il suit de cette règle et du principe général du droit relatif au respect du droit de défense que les parties au procès doivent se voir offrir la possibilité de contredire toute pièce ou tout argument de nature à influencer la décision du juge (Cass., 13 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 455).

Viole les articles 1349 et 1353 du Code civil ainsi que le principe général du droit relatif au respect du droit de défense, l'arrêt qui fonde sa décision sur un fait connu du juge de science personnelle et n'ayant pas été soumis à la contradiction des parties (Cass., 11 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 19- voir supra: la conviction du juge).

4.2. Le droit de réplique, composante du droit de défense.

"Porte atteinte aux droits de la défense, l'arrêt qui refuse au prévenu le droit de répliquer, en déclarant la cause suffisamment entendue", lisait-on déjà dans un arrêt de la Cour du 5 juillet 1886. (Pas., 1886, I, 290 et la note).

Il était néanmoins de jurisprudence constante que la violation du droit de défense ne pouvait être déduite de la circonstance que les parties n'avaient pas connaissance de l'avis donné en matière civile par le ministère public, et ne pouvaient y répliquer ⁽⁸²⁾ (voir également ci-après: Le droit de défense devant la Cour de cassation).

A la suite de plusieurs arrêts de la Cour européenne ⁽⁸³⁾ ayant condamné la Belgique, notamment pour absence du droit de répliquer aux conclusions prises par l'avocat général devant la Cour de cassation, notre Cour a nuancé sa jurisprudence: "dès lors que les parties dans l'instance devant la Cour ont le loisir de répondre (aux observations du ministère public) à l'audience avant la clôture des débats" ⁽⁸⁴⁾.

En modifiant notamment les articles 767 et 1107 du Code judiciaire, et 420bis et ter du C.I.cr., la loi du 14 novembre 2000 a consacré cette pratique. Dans les travaux préparatoires il est d'ailleurs souligné que "la Cour a adapté sa procédure en matière pénale depuis le 31 octobre 1991 (*date de l'arrêt Borgers de la Cour eur. D.H.*), et en matière civile depuis 1996 (*année au cours de laquelle fut rendu l'arrêt Vermeulen*)" ⁽⁸⁵⁾.

Cette réforme ne réalise toutefois qu'un *contradictoire partiel*, en ce que les parties ne peuvent répliquer qu'aux conclusions du ministère public, et non pas entre elles, et sans même que soit instauré un débat à ce stade de la procédure après la réplique des parties.

4.3. La communication de pièces pendant le délibéré

⁸² Voir notamment: Cass., 22 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 154, avec les conclusions de M. l'avocat général Leclercq, dans lesquelles un intéressant rapprochement est fait entre les principes généraux de droit d'une part du respect du contradictoire, et d'autre part du respect des droits de la défense.

⁸³ Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant mis en cause la Belgique à propos du rôle du ministère public près la Cour de cassation:

1. Cour eur. D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970 en matière pénale, série A, n° 11, décision prise à l'unanimité.
2. Cour eur. D.H., arrêt Borgers c. Belgique du 30 octobre 1991 en matière pénale, décision prise par 18 voix contre 4, série A, n° 214-B.
3. Cour eur. D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996 en matière civile, décision prise par 15 voix contre 4, Rec. Cour eur. D.H. 1996-I.
4. Cour eur. D.H., arrêt Van Orshoven c. Belgique du 25 juin 1997 en matière disciplinaire, décision prise par 7 voix contre 2, Rec. Cour eur. 1997-III.

Ces arrêts répondent à des griefs identiques, pris de la violation de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, en l'espèce:

- ne pas avoir eu connaissance des conclusions du ministère public avant l'audience;
- ne pas avoir eu la faculté d'y répliquer;
- la participation du ministère public au délibéré.

⁸⁴ Cass., 1^{er} avril 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 185, avec en note le renvoi aux arrêts de la C.E.D.H. du 30 octobre 1991 en c. Borgers c. Belgique, et du 20 février 1996, en c. Vermeulen c. Belgique.

⁸⁵ Doc. Parl., Chambre, 5 mai 2000, 50 0631/001, p. 6.

Le procureur général Hayoit de Termicourt avait, dans sa mercuriale, prononcée le 15 septembre 1956 et consacrée à "un aspect du droit de défense" ⁽⁸⁶⁾, relevé les avatars et les hésitations de la jurisprudence de la Cour à l'égard de ce problème qui est aujourd'hui heureusement résolu d'une manière respectueuse du droit de défense.

Avec l'autorité qui était la sienne, l'éminent magistrat exprimait ce qui devait être "suivant (sa) conviction du moins, la vérité légale": "Si une partie désire produire une note ou un document après la clôture des débats, elle ne peut que solliciter à cette fin une réouverture de ceux-ci; mesure dont le juge appréciera l'opportunité. Quant au juge saisi de pièces pendant la délibération, il n'a (...) d'autre pouvoir que de les écarter de la procédure ou d'ordonner la réouverture des débats" (p. 22).

Voici à titre indicatif quelques arrêts récents conformes à ces règles appliquées à la matière pénale ⁽⁸⁷⁾ :

Une partie n'ayant pas comparu à l'audience, et qui découvre pendant le délibéré une pièce nouvelle ou un fait nouveau, d'une importance à son estime déterminante, peut demander la réouverture des débats ⁽⁸⁸⁾. Le juge doit alors rouvrir les débats. Lorsqu'il estime ne pas devoir rouvrir les débats, il ne peut qu'écarter ces pièces de la procédure ⁽⁸⁹⁾.

Si le juge, sans réouverture des débats, tient compte d'une pièce transmise par une partie pendant la délibération, il viole à la fois le caractère contradictoire des débats et le droit de défense. En effet il ne peut puiser les éléments de sa décision que dans l'instruction et les débats de la cause.

Le juge viole également le droit de défense, lorsqu'il écarte une pièce déposée après la clôture des débats, sans avoir statué sur la demande qui lui a été faite de les rouvrir ⁽⁹⁰⁾.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 22 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 514, l'avocat général Leclercq relevait qu'en matière *civile* la Cour n'interprète pas l'article 772 du Code judiciaire comme une disposition laissant au juge du fond une appréciation souveraine de l'opportunité d'une réouverture des débats, et qu'il incombait donc à la Cour de vérifier si la décision attaquée justifiait légalement le rejet de la demande de réouverture des débats (p. 309) ⁽⁹¹⁾.

⁸⁶ Cet aspect était le caractère contradictoire des débats devant les juridictions répressives de jugement (*Pas.*, 1956).

⁸⁷ Les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* au civil, quoique dans cette dernière matière il soit fait référence à des dispositions spécifiques du Code judiciaire, et par exemple, les articles 748, §2 et 772, ayant donné lieu à une jurisprudence également spécifique, où le droit de défense n'apparaît qu'en filigrane (voir *infra*).

⁸⁸ Cass., 26 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n°397

⁸⁹ Cass., 13 novembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 141; 10 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 531; 14 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 92; 9 octobre 2002, P.02.1183.F

⁹⁰ Cass., 16 septembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 617; voir aussi Cass., 14 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 91.

⁹¹ Voici quelques arrêts indicatifs en matière *non pénale*: Cass., 17 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 524; -22 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 38; -15 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 213; -5 octobre 2001, n° 525; -13 mai 2002, S.01.0161.F.; -3 octobre 2002, C.01.10511, avec les conclusions

Viola aussi le droit de défense, le juge qui écarte des pièces, par le seul motif qu'elles n'ont pas été communiquées en temps utile, par ex. en même temps que les conclusions additionnelles ⁽⁹²⁾.

4.4. Le droit de se faire représenter en justice

La Cour européenne impose la présence d'un défenseur non seulement au stade des audiences de jugement proprement dit, mais également au stade de l'instruction préliminaire (...) "Il faut voir là une application remarquable du principe selon lequel les règles *du procès équitable doivent* saisir la phase préalable au jugement dès l'instant que leur inobservation initiale peut être de nature à compromettre le droit de l'intéressé à se défendre correctement" ⁽⁹³⁾.

A cet égard, notre Cour, statuant en matière pénale, a décidé que le jugement rendu sans que le prévenu ait été interrogé au fond et sans que l'avocat qui le représente ait été entendu en ses moyens de défense, est un jugement par défaut, même si l'avocat a entendu les réquisitions du ministère public et n'a déclaré faire défaut qu'après celles-ci.

(Cass., 19 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 29 et la note signée Vandeplass, dans R.W., 1998-99, 3050).

Viola l'article 6.1 et 3, c, de la Convention la décision par laquelle le juge, saisi ensuite de l'opposition du prévenu, dénie à celui-ci le droit de se faire représenter par son conseil au motif que la crainte d'être arrêté qu'il invoque, n'entraîne aucune impossibilité de comparaître en personne.

(Cass., 16 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 158).

Les dispositions conventionnelles précitées ont des effets directs dans l'ordre juridique interne et priment la norme de droit interne moins favorable – en l'espèce, l'article 185, § 2, du Code d'instruction criminelle; le droit du prévenu faisant défaut de se faire représenter par son conseil implique que, nonobstant l'obligation de comparaître en personne imposée au prévenu, le juge répressif doit autoriser le conseil à représenter son client, même si ce dernier n'établit pas qu'il est dans l'impossibilité de comparaître en personne ⁽⁹⁴⁾.

de l'avocat général Werquin, qui relevait notamment que la portée de l'art. 748, § 2 du Code judiciaire est "de permettre une instruction complète du litige et d'assurer le respect bien compris du principe de la contradiction, (...) l'article 748, § 2 (...) (organisant) une procédure permettant au défendeur d'exercer son droit de défense".

⁹² Cass., 26 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 633; 30 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 436; lire les conclusions de l'avocat général De Riemaeker, précédant l'arrêt du 22 mars 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 155; sur le problème de la prise de conclusions: voir infra et les considérations relatives à la Loi du 3 août 1992, ayant modifié plusieurs articles du Code judiciaire.

⁹³ L. Favoreu, "La protection des droits et libertés dans le cadre de la C.E.D.H.", Précis Dalloz, p. 413. Sur "le procès de l'absent", voir aussi A. Giudicelli, o.c., p. 129 e.s.

⁹⁴ Cass., 16 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 158; 8 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 335; 15 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 122; 4 septembre 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 443; comp. avec la jurisprudence antérieure: Cass., 20 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 612 et 31 octobre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 466. Sur le problème de la comparution personnelle et le droit à l'assistance d'un défenseur, dans la jurisprudence européenne: lire la Chronique d'actualité – Droits de l'homme, « Droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme », J.C.P.(Semaine Juridique), 2003, I 109, p.233; L. Boré, "Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal", J.C.P. (Semaine Juridique), 2002 - I, 179, p. 2003.

Comme le relève avec pertinence le Professeur J. van Compernelle, "l'arrêt Van Geysseghem⁽⁹⁵⁾ rend caduques les règles du défaut et oblige à repenser toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à la représentation du prévenu devant les juridictions pénales"⁽⁹⁶⁾.

Il s'agit actuellement d'une *lex lata*, la loi du 12 février 2003 ayant adapté divers articles du Code d'instruction criminelle à cette jurisprudence, en prévoyant notamment de manière expresse la représentation du prévenu, de la partie civilement responsable et de la partie civile qui ne comparaissent pas personnellement. Ainsi, la nouvelle législation "consolide" le droit de défense, sans toutefois déroger aux exigences d'une bonne administration de la justice, le tribunal restant autorisé à ordonner la comparution personnelle en tout état de cause⁽⁹⁷⁾.

En inscrivant le droit de la représentation du prévenu dans le droit interne, le législateur a voulu se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne qui tend à *équilibrer deux intérêts opposés*: d'une part, l'intérêt du prévenu à comparaître à l'audience en vue d'une administration équitable et complète de la preuve et, d'autre part, l'intérêt d'une défense adéquate.

Lorsque le prévenu ne comparaît ni personnellement ni à l'intervention de son conseil, le jugement est réputé contradictoire seulement si le prévenu s'est présenté à l'audience introductive⁽⁹⁸⁾. La comparution personnelle ne peut être ordonnée à l'égard d'une personne citée qui n'a comparu à l'audience introductive ni personnellement ni à l'intervention de son avocat. Dans ce cas, il ne peut s'agir que de procédure par défaut⁽⁹⁹⁾.

Il y a également lieu de relever l'arrêt rendu le 4 octobre 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 515) par la Cour qui a décidé que "le droit d'ester en justice étant, en règle, personnel, l'administrateur légal ou le tuteur n'ont de titre pour intervenir en qualité de représentant qu'au cas où la personne représentée ne peut pas agir elle-même de sorte que la défense de ses intérêts requiert l'intervention d'un mandataire". Ainsi, la Cour a considéré que la mère d'un enfant mineur d'âge qui s'était originairement constituée partie civile en qualité de tutrice de son enfant mineur ne revêtait plus ultérieurement la qualité pour interjeter appel, son enfant ayant entre-temps atteint sa majorité. Cette décision est à comparer avec l'arrêt rendu le 30 janvier 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qu'il a également décidé que

⁹⁵ Cour eur. D. H., arrêt Van Geysseghem c. Belgique du 21 janvier 1999, requête n° 26.103/95.

⁹⁶ J. van Compernelle, o.c., 30.

⁹⁷ Dans les arrêts rendus les 16 mars 1999 et 8 juin 1999, dont les documents parlementaires font état, et dans l'exposé des motifs de la proposition de loi originaire, la référence à *l'obligation du prévenu de comparaître personnellement* vise non pas l'ordre de comparution personnelle mais l'obligation générale au sens de l'article 185, § 2, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il était applicable à cette époque.

⁹⁸ Rappelons ici que notre Cour avait, par l'arrêt du 9 mars 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 142), anticipé sur l'abrogation de l'art. 421 C.I.cr. aujourd'hui réalisée par ladite loi du 12 février 2003 (M.B., 28 mars 2003, p.15914).

⁹⁹ Comp. avec l'arrêt du 2 octobre 2002 (P.02.0832.F) suivant lequel le droit d'être représenté n'implique pas que l'accusé détenu puisse choisir, au cours d'une instance contradictoire, d'être jugé par défaut et se ménager ainsi le recours de l'opposition". La Cour ajoute qu'en poursuivant l'instruction d'une cause en la présence d'un accusé, pris au corps et qui a manifesté la volonté de ne plus assister aux audiences et d'être jugé par défaut, la cour d'assises ne méconnaît pas le droit de défense.

l'administrateur légal ou le tuteur ne sont autorisés à intervenir que lorsque la personne représentée ne peut pas agir elle-même ⁽¹⁰⁰⁾.

Viola le droit de défense, le juge de la jeunesse qui ordonne le retour provisoire d'un mineur d'âge dans son milieu familial, sous la surveillance d'un délégué du service de protection judiciaire, lorsque l'audience au cours de laquelle le ministère public a été entendu en ses réquisitions a eu lieu en l'absence du mineur d'âge et qu'il n'apparaît pas, au surplus, que celui-ci a été assisté d'un avocat à l'audience à laquelle il a comparu. (Cass., 27 novembre 2002, P.02.1423.F).

En ce qui concerne l'assistance obligatoire par un avocat, il y a lieu de se référer à la nouvelle version de l'article 293 du Code d'instruction criminelle insérée par la loi du 20 septembre 2002 (entrée en vigueur le 1er novembre 2002) qui prévoit l'assistance obligatoire par un avocat de l'accusé cité à comparaître devant la cour d'assises ⁽¹⁰¹⁾.

Quant à la procédure de comparution immédiate instaurée par la loi du 28 mars 2000 (C.I.cr., Livre II, Titre II, Chap.V, art. 216quinquies e.s., la Cour d'arbitrage ⁽¹⁰²⁾ a estimé que la suppression de la possibilité de former opposition contre un jugement prononcé par défaut, l'impossibilité pour le prévenu de solliciter des devoirs d'instruction complémentaires et de faire contrôler l'instruction par les juridictions d'instruction et la réduction sévère du délai de comparution et donc du temps laissé au prévenu *pour organiser sa défense*, prévues par les articles 216quinquies § 3, et 216septies C.I.cr., si elles sont justifiées dans leur principe, sont, du fait de leur combinaison, de nature à apporter à *l'exercice des droits de défense* du prévenu des limitations qui ne sont pas dans un rapport raisonnable avec les objectifs poursuivis par la loi instaurant une procédure de comparution immédiate en matière pénale. Ces articles doivent dès lors être annulés (partiellement en ce qui concerne l'article 216septies).

"Cet arrêt sévère constitue la condamnation sans appel d'une loi qui, dès avant son vote, avait fait l'objet de nombreuses critiques (notamment quant à l'exercice du droit de défense) qui n'avaient pas été prises en compte par le législateur" ⁽¹⁰³⁾.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt x... c. France, du 30 janvier 2001, J.C.P.(Semaine Juridique) 2001, n° 10526: par cet arrêt la Cour européenne reconnaît le droit effectif à un procès équitable, même dans le chef d'un incapable, poursuivi devant une juridiction pénale. Cette protection porte sur des droits qui ne sont pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. Il faut donc rechercher si, concrètement, la personne poursuivie était réellement en mesure d'exercer ses droits procéduraux, si les garanties qui ont été accordées dans le cadre de la procédure lui étaient réellement accessibles. Voir: L. Boré, o.c., p.2003.

¹⁰¹ Cette loi rectifie l'erreur du législateur qui, lors de la révision complète de la procédure devant la cour d'assises par la loi du 30 juin 2000, avait sans s'en rendre compte abrogé la disposition concernant l'assistance obligatoire (note signée F. Goossens, dans T.V.W., 2003/21, 12).

¹⁰² C.A., 28 mars 2002, J.L.M.B., 2002, 664.

¹⁰³ Chronique semestrielle de jurisprudence, dans R.D.P., 2002, 1107.

4.5. Le principe dispositif, expression essentielle du droit de défense ⁽¹⁰⁴⁾

Ce principe directeur du *procès civil* définit le rôle des parties et du juge au cours de la procédure civile; il concerne le pouvoir qu'ont les parties de déterminer devant ce juge la cause et l'objet de l'action qui les opposent: il leur revient à elles seules de tracer le cadre du litige soumis au juge qui, lui, doit se prononcer sur tout ce qui est demandé, mais aussi seulement sur ce qui lui est demandé; il ne peut ainsi statuer *ultra petita*; il ne lui appartient pas d'élever une contestation dont les parties ont exclu l'existence; il lui est interdit de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats ⁽¹⁰⁵⁾.

Ce principe est fondé sur le caractère essentiellement contradictoire du *procès civil*.

Le droit de défense complète ce principe, en mettant l'accent sur la nécessaire loyauté des parties et du juge ⁽¹⁰⁶⁾.

Ainsi circonscrit le principe dispositif commande, tout d'abord, que le juge reste dans le cadre des faits tracés par les parties, ce qui veut dire qu'il ne peut d'office en évoquer d'autres, ensuite qu'une requalification juridique de la cause, à laquelle il peut et même doit, le cas échéant, procéder, doit nécessairement se faire dans le respect dudit principe dispositif qui apparaît ainsi comme le creuset du droit de défense ⁽¹⁰⁷⁾.

La faculté reconnue au juge de donner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux a pour limite la possibilité reconnue aux parties de renoncer aux droits dont elles ont la libre disposition, ce qui implique qu'elles sont mises à même de le faire.

Les cas où la Cour constate une violation du principe dispositif et du principe général du droit de défense sont relativement fréquents, malgré le caractère essentiel de ces principes, trop souvent méconnus, semble-t-il, par les juges du fond.

Par deux arrêts du 11 juin et du 4 septembre 1992 (*Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 532 et 589), la Cour a censuré des requalifications qui n'avaient pas fait l'objet de débats.

¹⁰⁴ La matière civile présente de nombreux cas où le droit de défense entre en jeu. Ne voulant pas étendre démesurément l'objet de la présente analyse, je puis fort heureusement renvoyer le lecteur à "L'examen de jurisprudence (1991 à 2001) du droit judiciaire privé", dont nous gratifient les professeurs J. van Compernelle et G. Closset-Marchal, et leurs assistants J-Fr.van Droogenbroeck, A. Decroës et O. Mignolet, et publié à la R.C.J.B., 2002, pp. 437 e.s., et pp. 653 e.s.; - voir également: B. Beignier, "Les principes généraux du droit et de la procédure civile", dans Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX siècle, Editions Litec, 2001, pp.1654 e.s.; G. Bolard, "Les principes directeurs du procès civil", J.C.P.(Semaine Juridique), 1993, I, 3693; P. Sargos, "Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Les garde-fous des excès du droit, J.C.P. (Semaine juridique), 2001/12, p. 589 e.v.

¹⁰⁵ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2002.

¹⁰⁶ Note sous Cass., 31 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 82, et note sous Cass., 25 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 624.

¹⁰⁷ Voir: G. Closset-Marchal, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", note sous Cass., 8 février 2001, T.B.B.R., 2002,(446) 447; J.-P. Gridel, "La Cour de cassation française et les principes généraux de droit privé", Dalloz 2002, Chronique, Doctrine, p. 228.

La Cour s'est également prononcée sur l'obligation qu'a le juge d'appliquer aux faits soumis à son appréciation, les règles de droit sur base desquelles il statue, dans le respect toutefois du droit de défense, en n'élevant pas, par exemple, une contestation dont les conclusions des parties avaient exclu l'existence.

(Cass., 18 février 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 103).

Le juge a la faculté de décider que le fait invoqué constitue, non pas un quasi-délit comme le soutenait une partie à l'appui de sa demande, mais un délit, pour autant que sa décision ne soit pas fondée sur des éléments de fait autres que ceux sur lesquels était fondée la demande. G. Closset-Marchal perçoit dans cette jurisprudence une évolution vers une meilleure répartition des rôles, la qualification définitive en droit relevant de l'appréciation du juge, à la condition substantielle que le droit de défense soit assuré.

(Cass., 22 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 44; -8 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 79).

Méconnaît également le droit de défense:

-le juge qui, sans ordonner la réouverture des débats, rejette les demandes formulées en ordre subsidiaire, pour contradiction et incompatibilité avec la demande principale.

(Cass., 23 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 236)

-le juge qui élève d'office un moyen sans le soumettre à la contradiction.

(Cass., 17 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 467, 30 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 657; voir aussi: Cass., 7 avril 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 171; 28 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 74; 20 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 632; 17 juin 2002, S.99.0144.F).

-le juge d'appel qui, nonobstant l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert, telle que déterminée par le premier juge, décide qu'il n'y a pas lieu de la modifier.

(Cass., 1^{er} mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 122).

Les parties ne peuvent toutefois tirer ni de l'art. 6.1 C.E.D.H., ni du principe général du droit de défense, "un droit illimité de contredire, après la clôture des débats, l'avis du ministère public. Ce droit se limite à ce qui est nécessaire pour garantir (ledit droit de défense) et notamment le droit à un examen équitable de la cause et cette nécessité doit être appréciée à la lumière de l'intégralité de la procédure".

(Cass., 13 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n°435) ⁽¹⁰⁸⁾.

L'arrêt qui ne permet pas à la Cour de cassation de vérifier si une contestation, dont les conclusions des parties auraient exclu l'existence, n'avait pas été élevée, et, partant de vérifier si l'article 1138, 2° du Code judiciaire avait bien été observé, viole le principe dispositif que consacre cette disposition du Code judiciaire.

(Cass., 13 janvier 2003, S.01.0179.F).

4.6. Le droit de défense et le dépôt de conclusions

- la problématique des conclusions principales et additionnelles

¹⁰⁸ Faut-il rappeler que la loi du 14 novembre 2000, qui a modifié notamment les articles 767 et 1107 du Code judiciaire, autorise dorénavant la réplique à l'avis du ministère public – (voir ci-après).

- les articles 740 et 747, § 2, du Code judiciaire.

Le principe général du droit relatif au respect du droit de défense, tel qu'il est applicable en cas de dépôt de conclusions prises à l'appui d'une demande ou en vue de soumettre des arguments à la contradiction ou encore pour contester les allégations de la partie adverse, implique que les parties à la cause mènent loyalement la procédure et s'abstiennent de tout acte entravant de manière déraisonnable le cours du procès contradictoire ⁽¹⁰⁹⁾.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour nous rappelle que la règle de l'article 747, § 2, du Code judiciaire ne tend pas nécessairement à priver la partie qui a omis de déposer ses conclusions dans le délai imparti, du droit au délai prévu pour répliquer à des conclusions. Il serait toutefois déloyal de ne pas déposer de conclusions principales ou de se limiter à des conclusions purement formelles, pour finalement développer ultérieurement les arguments principaux ou même la totalité de ses arguments dans des conclusions dites additionnelles ou sommaires. En agissant ainsi, la partie ralentit considérablement le cours des débats contradictoires. Lorsqu'une partie omet de conclure dans le délai fixé pour le dépôt de ses conclusions principales ou dépose ces conclusions de manière irrégulière, elle ne peut fait valoir tous ses arguments pour la première fois dans des conclusions additionnelles. Toute autre décision rendrait la règle de l'article 747, § 2, du Code judiciaire inopérante. Ce comportement déloyal ralentit sans raison les débats contradictoires. Ainsi, l'écartement de toutes conclusions additionnelles contenant en réalité des conclusions principales s'impose ⁽¹¹⁰⁾ mais les conclusions déposées après l'expiration du délai ne peuvent être écartées des débats dans la mesure où elles contestent l'application de l'article 747, § 2, du Code judiciaire; le juge qui omet cette règle viole le droit de défense de la partie même si celle-ci a tardivement déposé ses conclusions. (Cass., 27 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 73; voir également cass., 4 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 357; 6 avril 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 208).

"Le respect des droits de la défense veut que des conclusions communiquées et déposées hors délai mais portant uniquement et spécifiquement sur un incident de procédure relatif à la communication et/ou au dépôt de conclusions prises antérieurement prises, puissent toujours être soumises à l'appréciation du juge" ⁽¹¹¹⁾.

Dans son arrêt du 14 mars 2002 (C.00.0198.N), la Cour a expressément retenu le critère du procès loyal: elle a décidé que les conclusions déposées dans le délai de réponse fixé par le juge ne peuvent tendre à invoquer de

¹⁰⁹ Il faut à ce propos tenir compte de l'exposé des motifs de la loi du 3 août 1992, ayant apporté de substantielles modifications aux articles 740, § 1, 747, 748, § 2, 749 à 753 du Code judiciaire, dans le but d'accélérer la procédure "de telle manière que le juge puisse toujours statuer dans un délai raisonnable, sans pour autant porter atteinte aux droits de la défense" (Doc. Parl. Chambre, 566/3 - 91/92, 17 juillet 1992, Rapport au nom de la Commission de la Justice, p. 2).

¹¹⁰ Cass., 26 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 633; 16 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 94; 22 mars 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n°155 et les conclusions de Monsieur l'avocat général

De Riemaeker; 14 mars 2002, C.00.0198.N.

¹¹¹ J. van Compernelle, G. Closset-Marchal, J.F. van Droogenbroeck, A. Decroës, O. Mignolet, o.c., p. 530 et 533.

nouveaux moyens auxquels une des autres parties ne pourra plus répondre⁽¹¹²⁾.

Il ressort manifestement de cette jurisprudence que les droits de défense qui s'affrontent ne sont pas unilatéraux et qu'ils impliquent des obligations réciproques. La règle générale n'est plus l'écartement systématique des débats de toutes conclusions additionnelles déposées en l'absence de conclusions principales régulières antérieures. Il y a lieu à nuance: le dépôt de conclusions antérieures mais tardives, par exemple, n'entraîne pas nécessairement l'écartement de conclusions ultérieures. La partie qui n'a pas déposé de conclusions principales peut néanmoins prendre des conclusions additionnelles si le droit de défense le justifie.

Dans son arrêt du 14 février 2003 (C.00.0665.N) qui porte sur des conclusions tardivement déposées par une partie avertie en application de l'article 751, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du Code judiciaire, la Cour a décidé que la sanction prévue au quatrième alinéa du même paragraphe de l'article précité n'est pas applicable aux conclusions que cette partie a déposées non seulement après l'expiration du délai de deux mois prévu à cet alinéa, mais aussi après le dépôt de nouvelles conclusions par la partie qui a elle-même demandé l'application de la sanction, effectué postérieurement à la date de fixation déterminée conformément à l'article 751, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire⁽¹¹³⁾.

*

5. Droit de défense et procédure disciplinaire

5.1. Droit de défense et procédure disciplinaire.

Non sans avoir résisté quelque peu⁽¹¹⁴⁾ la Cour s'était, dans son arrêt du 14 avril 1983, (*Bull. et Pas.*, 1983, I, n° 441), précédé des conclusions très remarquables de l'avocat général Jacques Velu, ralliée à la position de la Cour européenne, suivant laquelle les exigences de l'article 6 C.E.D.H. doivent être prises en considération dans les procédures disciplinaires (Cour eur. D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyre du 23 juin 1981, Série A, n° 43).

Je puis, à ce propos, me contenter de rappeler le discours que j'ai eu l'honneur de prononcer ici-même il y a trois ans; je constatais à cette occasion, d'une part, la pénétration du droit de la Convention européenne

¹¹² Lire: Ph. Thion, "Deloyale procesvoering - een toetsteen bij het concluderen", *NjW*, 2002, 50, qui se rallie à la thèse de la Cour. L'arrêt du 26 novembre 1999 a admis la violation de l'article 747, § 2, du Code judiciaire et la méconnaissance du principe général du droit relatif au respect du droit de défense alors que, la méconnaissance du principe général précité n'ayant pas été invoquée devant la Cour – comme c'est aussi le cas dans l'arrêt du 22 mars 2001 - l'arrêt du 14 mars 2002 a uniquement retenu la violation de l'article 747, § 2, du Code judiciaire.

¹¹³ Voir aussi Cass., 14 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 281.

¹¹⁴ Voir Cass., 21 janvier 1982 et les conclusions de M. le procureur général Dumon, *Bull. et Pas.*, 1983, I, 623.

dans les procédures disciplinaires, et, d'autre part, les entraves encore mises par les autorités disciplinaires au droit de se défendre librement et entièrement ⁽¹¹⁵⁾.

Depuis il y eut l'arrêt du 21 septembre 2001, (D.00.0029.F) par lequel la Cour rappelle que l'art. 6.3, a et b, C.E.D.H., qui consacre le droit de tout accusé d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, *ne s'applique pas*, en principe, à une procédure disciplinaire engagée sur le fondement de manquements allégués aux règles de la déontologie et pouvant aboutir à la suspension du droit d'exercer la profession. Pour le surplus la Cour estime que "les droits de la défense ne sont pas méconnus du seul fait que le ministère public n'a pas, avant l'audience, communiqué à la partie adverse les moyens qu'il compte développer en ses réquisitions, pourvu que la partie adverse soit effectivement à l'audience en mesure de répliquer" ⁽¹¹⁶⁾.

5.2. Le principe du contradictoire en matière disciplinaire

Depuis le mois de septembre 2000 ⁽¹¹⁷⁾, un seul arrêt a été rendu duquel il ressort que ni les articles 20, 21, 25 de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Médecins et 24 de l'arrêté royal du 6 février 1970 réglant l'organisation et le fonctionnement des conseils de l'Ordre des médecins, ni le principe général du droit relatif au respect du droit de défense ne requièrent que les décisions d'intenter des poursuites disciplinaires à l'égard d'un médecin ou de convoquer celui-ci à comparaître devant le conseil rendues par le conseil provincial de l'Ordre des médecins contiennent des précisions concrètes quant aux faits mis à charge. (Cass., 20 décembre 2001, D.01.0009.N; - voir supra: les mentions obligatoires de la citation).

*

6. Le droit de défense devant la Cour de cassation ⁽¹¹⁸⁾.

Il a été abondamment et suffisamment écrit sur le droit de réplique aux conclusions du ministère public octroyé aux parties, à la suite de la jurisprudence de la Cour européenne condamnant une pratique qui pendant

¹¹⁵ "Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire", discours prononcé par le procureur général le 1^{er} septembre 2000, Bull. et Pas. 2000, pp. 44 e.s. *Pas. en A.C.*, 2000, I, 37 e.s., R.W. 2000-2001, 735; J.T. 2000, 625.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 39.

¹¹⁷ En ce qui concerne les droits de la défense en matière disciplinaire, voir également: I. Opdebeek, "Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen" dans "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur", T.Gem. 1993, p. (51) 58; I. Opdebeek, note concernant la portée de la présomption d'innocence en matière répressive et disciplinaire en cas de promotion, T. Gem., 2000, p. 253.

¹¹⁸ Voir ci-avant: Le droit de réplique, composante du droit de défense.

des décennies n'avait pourtant jamais soulevé de critique, pour que je m'autorise à n'aborder ce sujet que succinctement (¹¹⁹).

Je me limiterai donc à rappeler qu'après que la Cour ait de facto adapté sa pratique de manière à rencontrer les critiques des juges européens, le législateur veilla à modifier comme il convenait le Code judiciaire (la Loi du 14 novembre 2000 modifiant notamment les articles 1105 et 1107 dudit code), en telle manière que le droit de défense eu de meilleures possibilités de s'exprimer au cours d'une procédure pourtant essentiellement écrite, et que le principe de l'égalité des armes, apparemment malmené par la présence du ministère public au délibéré, fut garanti par l'exclusion de celui-ci du délibéré, où il n'avait de toute façon jamais eu de voix délibérative. Mais les apparences devaient être sauvées: «Justice must not only be done; it must also be seen to be done» ... (¹²⁰)

*

7. Encore quelques questions particulières, où intervient le droit de défense.

7.1. Le droit de défense de l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs

La possibilité offerte par la loi à l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs d'intervenir dans une procédure pénale se justifie par la considération qu'il doit pouvoir se défendre lorsqu'un préjudicié introduit une demande en dommages-intérêts à l'égard de son assuré (article 14, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs).

L'intervention de l'assureur n'est toutefois admissible que s'il n'existe pas encore de décision portant atteinte à son droit de défense (Cass., 25 novembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 752; Van Schoubroeck, Jocqué, Vanderspikken et Cousy, *Overzicht van rechtspraak, verzekering motorrijtuigen*, 1980-1997, T.P.R., 1998, p. 278-280, n° 96.1).

Il ressort de l'arrêt rendu le 12 juin 2001 (*Bull. et Pas.*, 2001, n° 352) que, par un même motif juridique, l'assureur peut non seulement *ne pas* accepter le débat en cas de décision antérieure mais aussi, *a contrario*, accepter le débat nonobstant une telle décision. L'arrêt a décidé que la règle de l'article 14, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 précitée a été instaurée dans l'intérêt de l'assureur. L'article 812 du Code judiciaire vise à protéger les droits

¹¹⁹ Pour les références à la jurisprudence et à la doctrine en cette matière, voir: J. du Jardin, "L'intervention du ministère public dans la procédure en cassation telle qu'elle est réglée par la loi du 14 novembre 2000", in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 89.

¹²⁰ J. du Jardin, "Justice must not only be done ...", in *Imperat Lex*, Liber Amicorum Pierre Marchal, Bruxelles, Larcier, 2003, 37 e.s..

de la partie intervenante ⁽¹²¹⁾. Ainsi, les droits de la défense de l'assureur sont réellement déterminants ⁽¹²²⁾.

7.2. Le droit de défense et la procédure de faillite.

La pratique du dépistage d'entreprises commerciales en difficulté et de la faillite d'office méconnaissaient le droit du failli de se défendre en temps utile. C'est ce qui ressort de la mercuriale prononcée le 1^{er} septembre 1986, par le Procureur général E. Krings qui soulignait le caractère inquisitorial de cette procédure et la nécessité d'assurer la protection du droit de défense dès le premier stade de la procédure ⁽¹²³⁾.

C'est à la suite de cette mercuriale que la Cour, opérant un revirement de jurisprudence, a décidé dans son arrêt du 10 décembre 1990 ⁽¹²⁴⁾: "sauf cas d'urgence exceptionnelle, le respect des droits de la défense impose que le débiteur soit, préalablement à la décision, entendu en ses moyens" ⁽¹²⁵⁾.

L'arrêt du 25 juin 1993 ⁽¹²⁶⁾ présente un intérêt tout particulier en ce qu'il précise les pouvoirs limités des juges dans le cadre des voies de recours en matière de faillite d'office.

Le juge, qui envisage de prononcer la faillite après le rejet du concordat, doit entendre à nouveau le débiteur ou du moins l'y inviter pour qu'il puisse présenter ses remarques à propos des conditions de la faillite (Cass., 26 janvier 1996) ⁽¹²⁷⁾. Dans ses conclusions précédant cet arrêt, l'avocat général Janssens de Bisthoven relevait la lente évolution de la jurisprudence vers un plus grand souci du droit de défense et concluait que "même en l'absence d'un texte légal, le respect des droits de la défense requiert que, sauf motifs d'urgence exceptionnelle, le débiteur soit entendu ou à tout le moins convoqué avant d'être déclaré d'office en faillite".

¹²¹ Comp. Cass., 29 mars 1988, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 473, suivant lequel le juge pénal ne peut connaître de la demande introduite par le préjudicié postérieurement à la décision définitive sur l'action publique.

¹²² G. Jocqué, "De rechten van verdediging van de verzekeraar voor de strafrechter", note sous Cass., 12 juin 2001, A.J.T., 2001-02, 942 e.s.

¹²³ E. Krings, "Le pouvoir judiciaire et la procédure de faillite", discours de rentrée prononcé par le procureur général à l'audience solennelle de la Cour le 1^{er} septembre 1986, *Bull.*, 1987, n° 12, 14, 15, 16 et 34: "Le juge doit-il informer au préalable l'entreprise de la mesure qu'il envisage de prendre et doit-il le convoquer pour lui donner l'occasion de faire valoir ses moyens de défense ? (...) Cette question n'est pas réglée expressément par la loi, mais il s'agit incontestablement d'un problème de droits de la défense. (...) Peut-on dire que les droits de la défense sont suffisamment garantis par le droit à l'opposition ? (...) L'opposition prévue par l'article 473 n'est donc pas une mesure qui garantit (...) le respect des droits de la défense. Or, le respect de ces droits est un principe général de droit qui s'applique à toute l'activité judiciaire. On ne voit pas pour quel motif il ne devrait pas être respecté lorsque le tribunal déclare la faillite d'office. (...) "

¹²⁴ N° 183; Voir aussi, Cass., 9 février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 79; Cass., 21 septembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 394.

¹²⁵ Voir J.L. Fagnart, "Droits de la défense et déclaration de faillite", note sous Cass., 27 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1990, p.218 et plus spécialement pp. 243 et 244, n° 30 et n° 31.

¹²⁶ Cass., 25 juin 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 307 et la note de bas de page n° 2 faisant référence à la mercuriale du Procureur général E. Krings précitée, n° 12 et suivants, notamment n° 18.

¹²⁷ N° 56 et les conclusions de M. l'avocat général Janssens de Bisthoven.

Si la jurisprudence, s'est ainsi rangée à l'avis du Procureur général E. Krings, c'est également ce qui inspira la loi sur les faillites du 8 août 1997 qui supprima la faillite d'office ⁽¹²⁸⁾.

Rappelons-nous que le service de dépistage est aujourd'hui remplacé par un service de prévention: le service d'enquête commerciale. Le tribunal de commerce n'a ainsi plus le pouvoir de se saisir d'autorité du cas d'une entreprise en difficulté pour la déclarer en faillite.

7.3. Caractère contradictoire de la procédure en matière fiscale.

Le législateur a le pouvoir de déroger aux règles du Code judiciaire, droit commun de la procédure, en organisant, par exemple, d'une manière spécifique le caractère contradictoire de la procédure fiscale ainsi que l'exercice du droit de défense, notamment la procédure d'expertise pour fixer la valeur normale des immeubles en vue de la perception des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, dans le but de sauvegarder tant les droits ou prérogatives de l'administration que les droits des contribuables. (Cass., 6 octobre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 417).

Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne, il n'est plus débattu depuis longtemps de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière fiscale ⁽¹²⁹⁾.

Il appartient au juge de concrétiser les garanties abstraites visées à ces dispositions conventionnelles, notamment en ce qui concerne le droit du contribuable de se taire, son accès à un tribunal indépendant et impartial appelé à vider son litige dans un délai raisonnable et à disposer de la compétence de pleine juridiction, questions qui toutes, concernent, directement ou indirectement, le droit de défense.

Si le Code des impôts sur les revenus ne prévoit pas que le demandeur, ayant pris connaissance du mémoire en réponse, puisse déposer un mémoire en réplique, cette lacune a été comblée grâce à une jurisprudence qui n'a précisément d'autre fondement que le respect du droit de défense, comme l'avait souligné à l'époque le procureur général van der Meersch ⁽¹³⁰⁾.

A cet égard, il y a lieu de relever les arrêts rendus par la Cour :

- le 20 janvier 2000, (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n°52), rappelant le caractère nécessairement contradictoire de la procédure en réclamation dirigée contre une imposition à l'impôt sur les revenus ;

¹²⁸ Loi du 8 août 1997 (M.B. 28 octobre 1997), modifiée par la loi du 4 septembre 2002 (M.B. 21 septembre 2002).

¹²⁹ Cass., 5 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 67 en 68; 25 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 307; B. Coopman, et K. Lammens, "Zwijgrecht, mildering van boetes, redelijke termijn: naar een concrete invulling van de mensenrechten van belastingplichtigen", T.F.R., 2002, 739 e.s.

¹³⁰ Cass., 13 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 398; les conclusions de l'avocat général Leclercq avant Cass., 3 décembre 1998, J.D.F., n° 3, p. 395; W.J. Ganshof van der Meersch, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", J.T., 1970, p. 594, note 483; J.D.F., 1999, p. 50. – Lire également: V. Scoriels, "Le principe de confiance légitime en matière fiscale et la jurisprudence de la Cour de cassation", J.T., 2003, 301.

- le 24 janvier 2002, (F.00.0099.N), décidant que les cours et tribunaux doivent pouvoir exercer en matière d'amendes fiscales, non pas un simple contrôle d'opportunité mais un contrôle plus large permettant notamment l'examen de la conformité des amendes tant aux dispositions légales qu'aux principes généraux du droit (T.F.R., 2002, 763).

7.4. Récusation et droit de défense:

La Cour de cassation a considéré que l'article 838 du Code judiciaire (Loi du 12 mars 1998, art. 7) est en principe applicable à toutes les procédures, et notamment aux procédures disciplinaires, dès lors que cette disposition constituait un élément important du droit de défense. (Cass., 24 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 141).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 17 septembre 2002 (P.02.0386.N et P.02.0662.N), l'avocat général Duinslaeger a relevé le caractère contradictoire de la procédure en récusation depuis la mise en vigueur de la loi du 12 mars 1998, et que, partant, une décision ne peut intervenir qu'après la convocation des parties, ce qui conforte la prise en considération du droit de défense dans une procédure aussi particulière que la récusation.

7.5. Le droit de défense devant les autorités ecclésiastiques

Le principe général du droit relatif au respect du droit de défense est un principe applicable aux autorités ecclésiastiques ⁽¹³¹⁾.

La Cour a eu à se prononcer sur la question de l'autonomie interne des autorités ecclésiastiques en cas de décisions susceptibles de porter atteinte à des droits civils au regard des garanties consacrées par les principes généraux du droit (droit de défense, débats contradictoires, etc...) et l'article 6.1 C.E.D.H.

Les arguments de l'arrêt rendu le 3 juin 1999 par la Cour statuant en chambres réunies sur un second pourvoi ne sont pas fondamentalement différents de ceux contenus dans l'arrêt du 20 octobre 1994.

Du principe de l'autonomie organisationnelle de chaque confession, affirmé par l'article 21 de la Constitution, il se déduit que, d'une part, la nomination et la révocation des ministres d'un culte ne peuvent être décidées que par l'autorité religieuse compétente, conformément aux règles du culte, et, d'autre part, la discipline et la juridiction ecclésiastiques ne peuvent s'exercer sur ces ministres du culte que par la même autorité et conformément aux mêmes règles.

Il n'appartient pas au juge, même siégeant en référé, d'ordonner en vertu des droits de l'homme ou du droit de défense le maintien dans sa charge pastorale d'un ministre du culte privé de cette charge par les autorités ecclésiastiques.

¹³¹ Cass., 20 octobre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 443 et 3 juin 1999, en chambres réunies, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 30.

Il s'ensuit que les autorités religieuses sont tenues de respecter leurs propres normes. Toutefois, comme le fait observer R. Torfs, "een contrôle van de binnenkerkelijke rechtsgang op de bestaande interne procedures door de profane rechter (is) volledig aanvaardbaar" (¹³²). Hendrik Vuye parle de "marginale toetsing" (¹³³).

Cette "position radicale", avait déjà été défendue "avec verve" par François Rigaux dans sa note sous le premier arrêt rendu par la Cour de cassation en 1994 (¹³⁴). Selon Rigaux, chaque procédure mérite les garanties les plus élémentaires en matière de droit de défense. Cette thèse, approuvée par la majeure partie de la doctrine (¹³⁵), plaidait en faveur d'une "profaanrechtelijke verificatie van de binnenkerkelijken procedure": lorsqu'un droit civil est menacé, "(mag) aan de Staat de bevoegdheid niet worden ontzegd om te controleren of (een) religieuze ontslag procedure wel degelijk aan de vereisten van de rechtstaat beantwoordt" (¹³⁶), en évitant toutefois toute ingérence dans la décision des autorités ecclésiastiques.

R. Torfs relève que "de profaanrechtelijke toetsing van binnenkerkelijke beslissingen niet rimpelloos ongewijzigd blijft na de cassatiearresten van 1994 en 1999. (...). Il note que "de verificatie van de interne procedures, *gesuggereerd door het Hof van Cassatie*, lijkt (mij) onvermijdelijk" (o.c., 264).

*

8. Conclusions

La lecture d'une douzaine d'années de jurisprudence de notre Cour relative au droit de défense m'a amené à constater que, si le principe général du respect de ce droit doit être considéré comme un impératif qui ne se conçoit pas sans son exercice de manière optimale, sa concrétisation suppose, comme il en va de tout principe, sa mise en balance avec d'autres impératifs concomitants, notamment celui d'une bonne administration de la Justice, rendue dans un délai raisonnable, et celui de la manifestation de la vérité dans le cadre d'un procès équitable.

¹³² R. Torfs, note sous Cass., 3 juin 1999, "Religieuze gemeenschappen en interne autonomie - Fluwelen evolutie", dans *Mensenrechten - Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Anvers, Maklu 1998 – 2000, 253-264, plus spécialement 261-262, de sorte que les procédures ecclésiastiques internes sont contrôlées à la lumière des principes généraux du droit et de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹³³ H. Vuye, "Hoe gescheiden zijn Kerk en Staat? Interpretatiemogelijkheden omtrent art. 21 van de Grondwet" (note sous Cass., 20 octobre 1994, R. Cass., 1995, 49-58, plus spécialement p. 56).

¹³⁴ F. Rigaux, "Le respect des droits fondamentaux par les institutions non étatiques", note sous Cass., 20 octobre 1994, R.C.J.B., 1996, 124-129; R. Torfs, o.c., 261.

¹³⁵ P. Lemmens, R. Versteegen, H. Vuye, etc... cités par R. Torfs, o.c., 261.

¹³⁶ R. Torfs, o.c., p. 262.

S'il ne faut pas que le cours de la Justice soit truffé d'obstacles mis à l'exercice du droit de défense (¹³⁷), il ne faut pas non plus que cet exercice ait pour effet de contrecarrer l'administration de la Justice.

Il me paraît ainsi résulter de cette jurisprudence qu'il est impérieusement nécessaire de concilier des intérêts qui ont l'apparence d'être contradictoires. On a justement parlé de *cohabitation* d'intérêts (¹³⁸), laquelle est possible par une prise en considération de la procédure dans son ensemble, comme le disent avec constance la Cour européenne et notre Cour.

La conjonction de ces impératifs, comme de ces nécessités, conduit à la reconnaissance de limites à la mise en œuvre du principe général de droit et constitue un défi que la jurisprudence de la Cour me paraît avoir relevé. La Cour européenne a d'ailleurs, elle-même, admis très clairement que le droit de défense doit connaître des limites, celles induites, par exemple, du droit des tiers ou des victimes, qui ont aussi des droits que garantit la Convention (¹³⁹).

Tout est donc affaire d'équilibre, non seulement entre les parties qui s'opposent, mais aussi entre le droit des parties et les nécessités de la Justice.

Le droit de défense n'est donc plus pris pour un absolu -tant est qu'il l'ait jamais été-.

Tout en lui laissant son attribut de principe général, il s'agit de le relativiser, ce qui revient précisément à lui faire perdre de son caractère absolu, du moins provisoirement en fonction des différentes phases de la procédure, dès lors qu'il est mis en rapport avec tout un contexte procédural évolutif.

Le droit de défense s'insère d'ailleurs dans le principe du contradictoire, condition essentielle du procès équitable. Sans contradiction, il ne peut en effet y avoir de réelle défense.

L'équilibre qui doit être atteint dans cette mise en balance d'intérêts opposés est celui qui parvient à neutraliser les tensions entre intérêt particulier et intérêt général, et, par exemple, entre la présomption d'innocence et les exigences de la manifestation de la vérité(¹⁴⁰).

A titre d'exemple de cette relativité de la mise en œuvre du principe général du droit de défense, citons les nécessités d'une lutte efficace contre certaines formes de criminalité grave, qui ont fait évoluer non seulement la jurisprudence en matière de preuves, mais ont aussi permis d'affiner le droit de la preuve, avec, d'une part, une accentuation du formalisme légal, facteur de contention de forces opposées, et, d'autre part, un affinement de la

¹³⁷ dont il faut constater que la violation est trop souvent invoquée de manière injustifiée; combien de fois la Cour n'est-elle pas amenée à devoir dire que telle ou telle circonstance, prise à elle seule ou en soi, ne constitue pas une atteinte au droit de défense?

¹³⁸ F. Kuty, "Le droit à un procès équitable", J.L.M.B., 2003/12, p.505.

¹³⁹ Cour eur. D.H., arrêt Doorson c. Nederland, du 26 mars 1996, o.c., § 70: "Les principes du procès équitable commandent également que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer".

¹⁴⁰ Sur cette mise en balance d'intérêts, lire: J. de Corte, "De achterkant van de privacy – Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid", NjW, 2003, 798.

jurisprudence excluant non seulement la preuve illicite mais aussi la preuve, non illicite, mais irrégulièrement recueillie.

Un autre exemple de cette relativité peut être trouvé dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'expertise, où apparaît le souci de connaître la vérité à propos d'une question technique obligeant le juge à recueillir un avis extérieur, mais aussi de permettre en temps utile aux parties de discuter cet avis et la méthode suivie.

Nous pensons aussi à l'évolution jurisprudentielle et législative relative à la représentation des parties au procès, d'où apparaît le souci d'atteindre un équilibre entre des intérêts opposés, non seulement ceux de parties qui s'affrontent, mais aussi l'intérêt général à ce que la Justice soit rendue avec transparence, opposé aux intérêts particuliers.

Nous pensons aussi à la relativité de l'annulation d'un acte de procédure, dont seule peut se prévaloir la partie à laquelle l'acte litigieux a effectivement porté atteinte.

Il y a encore l'appréciation de l'autorité de la chose jugée, marquée par une approche plus raisonnable que strictement juridique.

Il faut enfin relever que, si le principe général du droit de défense impose un grand nombre d'obligations procédurales, il requiert aussi un minimum de diligence de la part du justiciable lui-même.

Loin de méconnaître le droit de défense - ce qu'elle n'a d'ailleurs jamais fait - la Cour a situé ce droit au cœur d'un ensemble d'impératifs, ce qui a eu pour effet d'accentuer ses possibilités d'expression, mais aussi de baliser son exercice en fonction de ces autres impératifs lesquels peuvent, selon les phases de la procédure, apparaître parfois plus essentiels ou plus nécessaires.

La mise en œuvre du droit de défense et son appréciation par le juge, fut-il de cassation, impliquent une marge d'appréciation (*a margin of appreciation*), que la Cour européenne reconnaît aux juges nationaux, l'interprétation de ce droit se devant d'être ni restrictive, ni extensive, mais téléologique, la défense devant être effective plutôt que théorique ⁽¹⁴¹⁾.

La jurisprudence de la Cour me paraît ainsi être l'expression d'une *juste prudence*, globalement satisfaisante parce que raisonnable, la procédure étant vue dans son ensemble selon le critère de la jurisprudence européenne, et moins engoncée qu'auparavant par des contraintes légales ou par de principes trop rigides.

* *
*

¹⁴¹ J.G.C. Schokkenbroek, "Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens", Leiden 1996, geciteerd in de rede van Hoogleraar B.E.P., Myjer, "Bij een vijftigste Verjaardag" voor de Vrije Universiteit te Amsterdam, op 7 december 2000, p. 11, noot 30.

Il me reste à rappeler à la Cour le décès de M. le conseiller Jules Closon survenu le 18 octobre 2002.

Né le 29 août 1913, docteur en droit, licencié en notariat et en sciences politiques, il entra dans la magistrature le 9 septembre 1941, et en qualité de conseiller dans notre Cour de cassation le 3 septembre 1970.

Le 29 août 1983 il accéda à l'éméritat, et c'est après presque vingt années de cet éméritat qu'il s'en alla discrètement. La Cour gardera un souvenir ému de ce magistrat dont toute la carrière fut marquée par un entier dévouement à sa charge et plus particulièrement au droit social.

C'est avec consternation que nous avons appris le 11 août dernier le décès de Me René Bützler, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats près notre Cour. Il n'avait que 67 ans.

La figure de cet avocat remarquable nous était à tous très bien connue et unanimement appréciée, non seulement pour son expertise juridique, qui se manifestait dans ses mémoires, mais aussi pour cette courtoisie permanente qu'il témoignait à ses interlocuteurs.

Il fut pendant plus de 30 ans avocat près notre Cour; il n'avait que 37 ans, quand l'arrêté royal du 28 juin 1973 lui fit accéder à ce Barreau prestigieux. Mais dès 1959 il était déjà inscrit au Barreau des avocats de Bruxelles. Il fut également professeur à la Vrije Universiteit Brussel, et contribua à la doctrine, grâce à d'incontestables talents pédagogiques.

La Cour éprouve un grand regret en présence de cette perte irréparable. Par ma voix elle tient à exprimer au Barreau près la Cour ses plus sincères condoléances.

Procureur général du Jardin.