

# L'homme de droit face aux Droits de l'Homme<sup>1</sup>

*(Philippe PENNING, avocat à la Cour)*

## **Introduction**

Quand l'auteur a été abordé pour participer à cette belle création qu'est le Juristendag avec comme sujet « Les Droits de l'Homme », il s'est posé la question de ce qu'il allait bien vous raconter. Car en tant que praticien, 95 % de son temps de travail, se passe sans la moindre référence aux Droits de l'homme, si ce n'est la classique allusion au délai raisonnable en bout de plaidoirie.

L'idée était de commencer par une belle partie théorique sur l'évolution de la jurisprudence en la matière pour la mettre ensuite face aux exigences de la pratique.

Mais, lorsque tous les orateurs se sont réunis pour déterminer entre autre l'ordre de passage des sujets réunis sous le thème « Reflexions sur l'évolution des sources et techniques normatives », il fallait tout remettre en cause « Quo vadis ? ». Pour essayer de s'en sortir, il a été préféré se limiter à l'accueil réservé aux Droits de l'homme par notre droit national et comment ils vont continuer à être réceptionnés.

Un bref rappel historique s'impose cependant en guise d'introduction.

## **Rappel historique<sup>2</sup>**

Les droits de l'Homme s'imposent de plus en plus à l'Homme de droit. En effet, tout juriste durant sa formation académique a pris connaissance tout du moins de la notion de « Droits de l'Homme ».

Si leur existence met depuis longtemps au service de tout citoyen une universalité immuable de droits, sa consistance s'est forgée au fil du temps

---

1. L'auteur remercie Max Lehnen, étudiant en droit à la Faculté de droit de Nancy, pour sa précieuse collaboration aux recherches et à la rédaction du présent exposé.

2. Partie de texte non présentée au Juristendag, faute de temps.

pour donner naissance à des instruments aptes à servir de trame juridique aux sujets de droit.

Différentes branches de droit sont susceptibles de connaître des droits de l'Homme, tels que le droit de la famille, le droit des étrangers, le droit social etc. Cependant, on omet – à tort – de citer le droit pénal qui touche le plus sensiblement à la notion des Droits de l'Homme. L'égalité entre citoyens, l'exclusion de l'arbitraire par la prédétermination textuelle des règles à respecter, le droit à la vie, le droit à la sûreté et le droit au procès équitable ne sont que quelques notions faisant partie d'une masse consolidée par une jurisprudence nationale et internationale.

Si une partie de la doctrine s'oppose formellement à une catégorisation des Droits de l'Homme, celle-ci est inévitable. À ce sujet, le classement des Droits de l'Homme est facilement prouvé par la citation des textes concernant cette universalité naturelle et juridique en lui fournissant une base que celle-ci soit de nature constitutionnelle, légale, voire conventionnelle.

La volonté de déterminer avec précision quelles sont les valeurs concédées à tout un chacun s'est manifestée pour la première fois lors de la Révolution française qui a donné naissance à la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789. On peut considérer qu'il s'agit en ce sens d'une première approche textuelle des droits de l'Homme. Cependant un instrument plus puissant au niveau diplomatique a été élaboré en 1950. En effet, le Conseil de l'Europe, unissant désormais quarante-sept États-membres, s'est adonné à la rédaction d'une Convention européenne des droits de l'homme achevée par la création d'une Cour chargée du contrôle du respect des dispositions de « droit humain » dont la bonne application incombe aux États-membres l'ayant signée et ratifiée.

Le Luxembourg, fortement inspiré du droit du pays des Droits de l'Homme, a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen avant la France en 1953.

Comme il a été précédemment évoqué, le droit pénal est une des matières les plus sensibles aux Droits de l'Homme. Dans ce contexte, de nombreux recours sont régulièrement déposés auprès de la Cour strasbourgeoise. Ces recours ont pour objet notamment le respect des Droits de l'Homme lors de la phase présentencielle du procès pénal ainsi que lors de la phase du jugement. Or, « la justice ne [...] s'arrête [pas] à la porte des prisons »<sup>3</sup> de sorte que la méconnaissance des Droits de l'Homme se sanctionne également pendant la phase de l'exécution des peines<sup>4</sup>.

Régulièrement invoquée auprès des juridictions luxembourgeoises, la Convention européenne des droits de l'homme tend à s'intégrer de plus en plus dans la pratique judiciaire luxembourgeoise.

3. CEDH, Ch. 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, Req. n° 7819/77 § 67-73.

4. cf. sub A) 3.

Ainsi, il est intéressant de se prêter à un examen au niveau national, d'une part de la jurisprudence qui n'est en somme que l'application par les tribunaux de textes en vigueur (A.), d'autre part du travail en amont des textes législatifs (B.), et finalement de la pratique au quotidien des Droits de l'Homme moins théoriques, disons plus humains (C.).

## A) La jurisprudence

Il ne s'agit pas de dresser l'inventaire des décisions luxembourgeoises en matière de Droits de l'Homme, mais de citer trois récents cas d'actualité, deux décisions nationales et une (voir deux) strasbourgeoises, parce qu'elle paraissent être une avancée.

### 1. *L'applicabilité de l'article 6 à la phase d'instruction*

L'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme garantit le caractère équitable du procès. Pris à la lettre, l'article 6 ne fait qu'encadrer le procès au sens strict.

C'est également la conception qui semble avoir été adoptée pendant longtemps par les tribunaux luxembourgeois, considérant que l'article 6 de la Convention « ne s'applique qu'aux procédures engagées devant les juridictions de jugement », ajoutant que l'article 6 « ne concerne dès lors pas les juridictions d'instruction lesquelles n'ont pas à décider du bien-fondé d'accusation en matière pénale »<sup>5</sup>.

Pourtant, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention a été prônée depuis longtemps dans la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise au travers d'arrêts qui ont porté révolution aux procédures pénales appliquées dans les quarante-sept pays du Conseil de l'Europe.

Ainsi l'article 6 reçoit application à compter de l'accusation de la personne qui se définit comme la « notification officielle émanant de l'autorité compétente du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »<sup>6</sup>. Elle peut aussi « revêtir la forme d'autres mesures qui impliquent ce même reproche d'avoir accompli une telle infraction et qui entraînent des répercussions importantes sur la situation de l'intéressé »<sup>7</sup>.

De même, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention a été rappelée récemment dans des arrêts de la Cour relatifs à l'intervention de l'avocat en phase précontentieuse, comme p. ex. *Dayanan contre Turquie*, *Salduz contre Turquie*, *Brusco contre France*.

5. P.ex. Ch.cons., 4 avril 2012, n° 996/12.

6. CEDH, 27 fév. 1980, *Deweert c/ Belgique*, et 10 sept. 2010, *Mc Farlane c/ Irlande* (Grande Chambre).

7. CEDH, 10 déc. 1982, *Foti et autres c/ Italie* ; 11 févr. 2010, *Malet c/ France*.

Même le Luxembourg avait déjà été condamné sur base de l'article 6 à Strasbourg dans le cadre d'affaires qui étaient encore au stade de l'instruction, mais il s'agissait uniquement d'une question de délai raisonnable.

C'est alors que la solution de facilité retenue par la Chambre du conseil le 4 avril 2012 a été définitivement renversée par la Chambre du Conseil de la Cour d'appel en date du 16 mai 2012<sup>8</sup> décidant qu'« une demande en nullité d'un acte de l'instruction préparatoire peut être basé sur une violation du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

C'est un net progrès, et on ne peut que féliciter cette chambre, qui certes n'a siégé qu'une saison judiciaire, mais dont les décisions étaient courageuses, et espérer que la nouvelle chambre œuvrera dans la même direction.

Ouvrant du coup plus largement le terrain de jeu des nullités de procédures, jadis renfermé dans des contraintes trop formalistes, cette décision est encore trop jeune pour que l'on puisse en délimiter la portée. Il reste à espérer qu'elle sera diffusée à large échelle pour animer la créativité des juristes.

## 2. *L'accès au dossier*

Le Code d'instruction criminelle luxembourgeois (art. 85) ne confère aucun droit d'accès au dossier spécifique au moment de contester la détention du client par le biais d'une demande de mise en liberté provisoire

Les articles 5 et 6 de la Convention se bornent à exiger l'information de la nature et de la cause de l'accusation « de manière détaillée ». Dans ce cadre apparaît la question du droit d'accès au dossier de l'affaire, le détail résidant dans le contenu des éléments à charges retenues contre la personne.

Cette question a été soulevée à plusieurs reprises devant la Cour européenne des droits de l'homme. Tout d'abord, dans une affaire Lamy contre Belgique<sup>9</sup>, ni le conseil, ni le requérant qui se trouvait en détention provisoire, n'ont eu accès au dossier de l'affaire, pendant trente jours. Il leur était alors impossible de contester la légalité de la privation de liberté de manière efficace.

La procédure de l'article 5 § 4 doit respecter les principes énoncés à l'article 6 de la Convention, à savoir l'égalité des armes. Ainsi « l'avocat n'avait pas la possibilité de réfuter utilement les déclarations ou considérations que le ministère public fondait sur ces pièces »<sup>10</sup>. Dans ce cadre, la Cour estime que « l'examen des documents en question s'imposait donc

8. Ch.cons.CA, 16 mai 2012, n° 301/12.

9. CEDH, 30 mars 1989, Lamy c/ Belgique, requête n° 10444/83.

10. CEDH, Lamy c/ Belgique, précité, § 29.

pour contester efficacement la légalité du mandat d'arrêt [du juge d'instruction] ».

Le Procureur du Roi disposait du dossier en entier, alors que le requérant était, sans accès à ces documents, dans l'impossibilité de contester la légalité de sa détention de manière appropriée. La Cour conclut que « faute d'avoir garanti l'égalité des armes, [la procédure] n'a pas été réellement contradictoire » de sorte qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4.

L'argument principalement avancé en faveur du refus d'accès au dossier est celui du bon déroulement et de l'efficacité des enquêtes, car une fois l'enquête (lato sensu) terminée, l'accès au dossier est accordé. Or, la Cour remarque dans l'arrêt *Lamy* qu'« il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle – ultérieure – de la culpabilité pour que l'on puisse refuser la communication de pièces dans le premier cas tandis que la loi l'exige dans le second »<sup>11</sup>.

La position de la Cour a été confirmée dans 3 arrêts du 13 février 2001, à savoir dans les affaires *Lietzow*<sup>12</sup>, *Schöps*<sup>13</sup> et *Garcia Alva*<sup>14</sup>. Dans ces trois affaires, la Cour a conclu de nouveau à la violation de l'article 5 § 4. Elle juge que les conditions d'un recours devant une juridiction pour contester la légalité d'une détention doivent être celles d'un procès équitable et contradictoire, même si les enquêtes viennent de commencer<sup>15</sup>.

Encore récemment, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à la même question dans l'affaire *Mooren*<sup>16</sup>. Dans cette affaire, le représentant du requérant s'est vu refuser de nouveau l'accès au dossier en phase présentencielle.

Le requérant s'étant fondé à la fois sur l'article 5 et l'article 6, la Cour a répondu que la question mérite d'être analysée au regard de l'article 5<sup>17</sup>, ceci tenant certainement au but de la demande, à savoir la contestation de la légalité de la détention provisoire.

L'arrêt de Grande chambre se fonde sur le raisonnement de l'arrêt de chambre de la même affaire<sup>18</sup>. Dans l'arrêt de chambre, avant tout développement au fond, la Cour rappelle que le procès tendant à contester la légalité de la détention au sens de l'article 5 § 4 doit respecter les garanties du procès équitable telles que prévues par l'article 6 de la

11. CEDH, *Lamy c. Belgique*, précité.

12. CEDH, 13 février 2001, *Lietzow c/ Allemagne*, requête n° 24479/94.

13. CEDH, 13 février 2001, *Schöps c/ Allemagne*, requête n° 25116/94.

14. CEDH, 13 février 2001, *Garcia Alva c/ Allemagne*, requête n° 23541/94.

15. CEDH, *Lietzow c/ Allemagne*, précité, § 44 ; CEDH, *Schöps c/ Allemagne*, précité, § 44 ; CEDH, *Garcia Alves c/ Allemagne*, précité, § 39.

16. CEDH, 9 juillet 2009, *Mooren c/ Allemagne (GC)*, requête n° 11364/03.

17. *ibidem*, § 109.

18. CEDH, 13 décembre 2007, *Mooren c/ Allemagne*, requête n° 11364/03 (uniquement en anglais).

Convention<sup>19</sup>. Ainsi l'égalité des armes, clé de voute du procès équitable, n'existe point si l'avocat n'a pas accès aux documents essentiels afin de contester la légalité de la détention de son client<sup>20</sup>. De surcroît, la Cour marque le fait qu'elle est consciente de la crainte du mauvais déroulement des enquêtes si l'avocat accède au dossier de l'affaire. Toutefois, elle considère que cette fin ne justifie pas le refus d'accès au dossier.

Étant donné que l'article 6 est classiquement présenté comme « l'expression du principe d'équité dans la procédure »<sup>21</sup>, l'arrêt Mooren permet de conclure que la Cour a tendance à inclure l'accès au dossier si bien pendant et après la phase présentencielle dans le concept du procès équitable.

Bien que l'affaire Mooren concerne l'accès au dossier pour contester la légalité de la détention, la Cour a raisonné, dans toutes les affaires susmentionnées, selon les principes de l'article 6. Dans ce contexte, il n'est pas obsolète d'invoquer également l'article 6 pour fonder un recours.

Fort de ce constat, mais sans devoir nécessairement prendre pied sur ces textes, la jurisprudence luxembourgeoise a également évolué, conférant à l'avocat l'accès au dossier au moment de la liberté provisoire. D'abord par un arrêt du 23 octobre 2009 (n° 810/09), dont le principe a été rappelé dans un arrêt du 27 juin 2012 (n° 460/12), émanant chaque fois de la chambre du conseil de la Cour d'appel.

Ces décisions font suite à un premier arrêt qui accordait le droit d'accès à un inculpé non détenu qui souhaitait consulter son dossier resté inactif pendant un longue durée en vue d'une demande de restitution.

Reste également à espérer que l'information circule, mais aussi que les décisions soient applicables en pratique. Déjà on oppose aux praticiens l'impossibilité de leur soumettre le dossier peu avant l'audience parce

19. *ibidem* § 91 : *The Court reiterates that in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, the basic requirements of a fair trial as guaranteed by Article 6 of the Convention. The proceedings before the court examining an appeal against detention must thus be adversarial and must always ensure "equality of arms" between the parties, the prosecutor and the detained person.*

20. *Ibidem* § 92 : *Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention. The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice. However, this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defense. Therefore, information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer.*

21. J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, éd. Précis, Dalloz, 2009, p. 375.

qu'il serait entre les mains de la chambre du Conseil. Mais il faut rester confiant, que là aussi, un *modus vivendi* sera rapidement trouvé.

### 3. *La nécessité de la mise en place de procédures effectives au niveau de l'exécution des peines*

Récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a marqué le droit pénitentiaire du Grand-Duché. En effet, dans une affaire Boulois (c. Luxembourg), le requérant Boulois dépose des requêtes successives de congé pénal, lesquelles sont toutes rejetées, le rejet étant prononcé par une Commission se composant d'un magistrat du siège, du Procureur général d'État ou de son délégué et d'un magistrat d'un des parquets.

La contestation de ces décisions, portée devant le juge administratif, échoue, faute pour le droit luxembourgeois de prévoir des recours en la matière. Monsieur Boulois saisit la Cour EDH et invoque l'article 6 § 1 de la Convention, notamment au motif que la Commission pénitentiaire n'était pas impartiale, en raison de la présence en son sein du parquet et qu'il n'avait pas été entendu.

Bien que le requérant fut débouté de sa demande par la Grande Chambre en date du 3 avril 2012, il faut remarquer que l'arrêt de la Cour du 14 décembre 2010 avait mis en évidence que « lorsqu'un organe juridictionnel, telle que la commission pénitentiaire, chargé d'examiner les contestations portant sur des "droits et obligations à caractère civil" ne remplit pas toutes les exigences de l'article 6 § 1, il ne saurait y avoir violation de la Convention si la procédure devant elle a fait l'objet du contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de l'article 6 ». Pourtant, comme il n'existe pas un tel recours, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention.

À ce point, il est intéressant d'observer que la Grande Chambre de la Cour a débouté le requérant pour d'autres motifs, à savoir le défaut du caractère civil de la demande et l'absence d'un droit au congé pénal contenu dans la Convention. Il s'agit donc de motifs tenant au fond de l'espèce, mais non pas à sa procédure devant les juridictions luxembourgeoises. Le raisonnement de la Cour du 14 décembre 2010 n'est donc pas à rejeter *ab initio*. Bien au contraire, ce raisonnement nous permet d'éclaircir le fait que les procédures pénitentiaires actuelles méritent une réforme pour se conformer à la Convention.

Dans une autre constellation des faits, la demande (p. ex. la demande de sortie de la prison pour des raisons familiales, article 8 de la Convention) ayant eu un objet civil, aurait probablement conduit à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour les mêmes raisons que celles invoquées par la Cour en date du 14 décembre 2010.

Le ministre de la Justice a déposé comme annoncé en 2010 sa réforme du droit pénitentiaire et l'a maintenue en 2012 malgré l'arrêt de la grande

chambre. Il faut l'en féliciter et l'encourager à poursuivre ses efforts, car il me semble que le projet a attrapé une sévère grippe automnale depuis le dépôt, cet été, de l'avis du Conseil d'État et ses nombreuses oppositions formelles.

Cependant pour les praticiens, surtout pour ceux qui ne côtoient pas les services d'exécution des peines au jour le jour, cette intervention s'avère de plus en plus nécessaire, voire urgente.

En effet, comme l'a rappelé Monsieur le Procureur Général d'État, les peines de prison prononcées par les juridictions indigènes ont augmenté en moyenne de 14 à 19 mois entre 2000 et 2010 et le recours à des peines alternatives est uniquement sporadique.

## B) Le travail en amont des textes législatifs

Si l'une des sources du droit peut parfois être la jurisprudence, la plupart des changements majeurs nous viennent cependant de par la loi. Les projets de loi, comme on l'ont exposé certains orateurs au cours du Juristendag 2012, nous sont de plus en plus souvent « inspirés », pour éviter le mot « dictés », par l'Europe.

Après l'introduction dans notre droit du mandat d'arrêt européen, il convient de faire état d'une nouvelle tentative d'harmonisation, celle des droits procéduraux des suspects par l'adoption par le Conseil de la résolution du 30 novembre 2009, dite « la feuille de route ». Elle s'avère désormais incontournable et par ses 6 mesures de A à F, elle aura des répercussions non négligeables sur la vie de tous les jours devant nos cours et tribunaux.

Quelles sont alors les réalisations concrètes intervenues jusqu'à ce jour ?

### Mesure A : Traduction et interprétation

La proposition de directive de la Commission du 9 mars 2010 (COM (2010) 82) a été adoptée le 20 octobre 2010 et doit être transposée pour le 27 octobre 2013.

En premier lieu, ce texte instaure un droit à l'interprétation aux frais de l'État. En outre, la personne intéressée dispose d'un droit à la traduction des documents essentiels dans une langue qu'elle comprend. Parmi ces documents essentiels sont visés notamment toutes charges et actes d'accusation, et ce afin de garantir l'exercice effectif des droits de la défense.

Le Luxembourg se conforme déjà dans la pratique à la garantie du droit à l'interprétation. Pourtant, dû à sa seule origine quasi-coutumière, le législateur luxembourgeois sera contraint d'adapter la législation en ce sens. La traduction des documents essentiels au Luxembourg ne se pratique aucunement, sauf de très (trop) rares exceptions, de sorte qu'une intervention législative s'impose également à ce sujet.



### **Mesure B : Informations relatives aux droits et à l'accusation**

La proposition de directive de la Commission du 20 juillet 2010 (COM(2010) 392) a été adoptée le 22 mai 2012 et devra être transposée pour le 2 juin 2014.

Une personne soupçonnée d'une infraction pénale ou poursuivie à ce titre doit obtenir des informations sur ses droits fondamentaux, à savoir :

- a) le droit à l'assistance d'un avocat ;
- b) le droit de bénéficier de conseils juridiques gratuits et les conditions d'obtention de tels conseils ;
- c) le droit d'être informé de l'accusation portée contre soi ;
- d) le droit à l'interprétation et à la traduction ;
- e) le droit de garder le silence ;

De surcroît, l'arrestation d'une personne entraînera communication supplémentaire des droits suivants :

- a) le droit d'accès aux pièces du dossier ;
- b) le droit d'informer les autorités consulaires et un tiers ;
- c) le droit d'accès à une assistance médicale d'urgence ; et
- d) le nombre maximal d'heures ou de jours pendant lesquels les suspects ou les personnes poursuivies peuvent être privés de liberté avant de comparaître devant une autorité judiciaire.

La directive prévoit ainsi la création d'un droit à être informé des charges retenues contre soi et des motifs d'une arrestation éventuelle, le tout afin d'être en mesure de préparer sa défense ou bien de contester la légalité de l'arrestation.

Dans ce contexte, il est intéressant de constater que la directive prévoit également un droit d'accès au dossier. En effet, les autorités doivent garantir un accès aux documents relatifs à l'affaire en question, qui sont essentiels pour contester de manière effective la légalité de l'arrestation ou de la détention et elle doivent les mettre à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat.

### **Mesure C : Assistance d'un conseiller juridique et aide juridictionnelle**

ET

### **Mesure D : Communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires**

La proposition de directive de la Commission date du 8 juin 2011 (COM(2011) 326). Elle n'a pas encore été adoptée.

Les mesures C et D ont été intégrées dans une seule proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après arrestation.

Cette proposition de directive, comme son titre l'indique, institue d'abord un droit d'accès à l'avocat au profit de toute personne faisant l'objet d'une procédure pénale. Si ce droit manque de nos jours d'originalité, la nouveauté consistera dans le caractère imminent de sa mise en œuvre. En effet, l'accès à un avocat doit être accordé notamment :

- avant le début de tout interrogatoire mené par la police ou d'autres services répressifs;
- dès le début de la privation de liberté ;

De plus, l'avocat a le droit d'assister à tout interrogatoire ou audition. Il a le droit de poser des questions, de demander des éclaircissements et de faire des déclarations.

Finalement, la proposition préconise également la garantie d'un droit de communication avec une personne désignée par le suspect. S'il s'agit un mineur, il doit également être en mesure de communiquer avec son représentant légal ou un autre adulte, et ce suivant l'intérêt personnel de l'enfant. En outre, les personnes qui sont privées de liberté et qui ne font pas partie des ressortissants nationaux, doivent avoir le droit d'informer de leur détention, dans les meilleurs délais, les autorités consulaires ou diplomatiques de leur État de nationalité, et de communiquer avec lesdites autorités.

Une réelle innovation consiste à ce sujet dans la manière de renoncer à ses droits. En effet, toute renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, est soumise aux conditions ci-après :

- a) la personne soupçonnée ou poursuivie a été préalablement conseillée juridiquement ou informée pleinement par tout autre moyen des conséquences de cette renonciation ;
- b) elle est en mesure de comprendre la teneur de ces conséquences ; et
- c) la renonciation est formulée de plein gré et sans équivoque.

Pour les deux dernières mesures, il n'existe pas encore de texte définitif, il s'agit des deux mesures suivantes :

### **Mesure E : Garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivies qui sont vulnérables**

*Explication succincte :*

Afin de garantir l'équité de la procédure, il importe qu'une attention particulière soit accordée aux suspects ou aux personnes poursuivies qui ne peuvent pas comprendre ou suivre le contenu ou le sens de la procédure en raison, par exemple, de leur âge ou de leur état mental ou physique.

## Mesure F : Livre vert sur la détention provisoire

*Explication succincte :*

Le temps qu'une personne doit passer en détention avant d'être jugée et pendant la procédure judiciaire varie considérablement d'un État membre à l'autre. Des périodes excessivement longues de détention provisoire portent atteinte aux personnes, peuvent compromettre la coopération judiciaire entre les États membres et ne correspondent pas aux valeurs....

Si nos députés ne vont donc pas manquer de travail dans les prochaines années, il est à noter que la Police et le cabinet d'instruction s'efforcent déjà dès aujourd'hui d'adapter leurs formulaires et procédés, afin de se mettre d'ores et déjà en conformité avec ces directives avant qu'elles ne soient transposées. Si l'énergie qui les meut pour réaliser ce projet est simplement le spectre d'une nullité virtuelle et résiduelle traînant dans le dossier, il faut concéder que l'effort est louable et qu'il mérite d'être encouragé.

### C) La pratique au quotidien des droits humains

Si les Droits de l'Homme sont une réalité indéniable sur le papier, à tout le moins celui noirci à Strasbourg et à Bruxelles, il n'est pas certain que leur mise en pratique par notre microcosme judiciaire, peu enclin à adopter des positions avant-gardistes voire simplement modernes, soit en passe de devenir une réalité quotidienne.

Que nous servent les droits de l'Homme, si les Hommes de droits, y compris les avocats, ne vont pas de l'avant pour améliorer notre système actuel ou si les moyens ne suivent pas pour donner à ces acteurs la possibilité de réaliser sereinement ces changements.

Après avoir traité de quelques exemples simples, mais flagrants (1.), il convient de mettre en exergue quelques problématiques à venir (2.)

#### 1. *Quelques exemples*

- **L'inefficacité des plaintes déposées par les intéressés**

Chacun sait que le Parquet dispose du pouvoir de décision quant à l'opportunité des poursuites. Si une personne peut prétendre au statut de victime, alors elle dispose d'un droit à une enquête effective selon l'article 2 Conv.EDH.

Pourtant, il s'avère que les autorités de poursuites luxembourgeoises ne satisfont pas toujours à ce droit. Les raisons tiennent souvent à la « faisabilité », respectivement à l'efficacité des enquêtes, dépassant l'échelle nationale, sinon européenne.

Ainsi et surtout, en matière économique et financière, les plaintes déposées ne reçoivent que tardivement des suites, ce qui peut poser un problème quant au déguerpissement des preuves. À ce sujet, il est clair que

les services respectifs de la Police judiciaire sont, de leur propre aveu, « surchargés » de sorte que l'avancement des dossiers ne peut être assuré qu'à un rythme modéré.

Il est important de remarquer que le Luxembourg a d'ores et déjà été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme pour défaut d'enquête effective<sup>22</sup>.

Cette réalité entraîne des cas de prescription, et une certaine impunité règne sur les affaires relevant des « délits en col blanc ». Il ne faut surtout pas le crier sur tous les toits, car pour une place financière comme la nôtre, la police se doit de disposer de moyens humains et scientifiques appropriés pour faire face à la criminalité complexe dans ce milieu.

Il en va de la crédibilité de notre Justice.

– *La décriminalisation et décorrectionnalisation « à la carte »*

La décision de requérir une décriminalisation ou une décorrectionnalisation pour un fait a priori criminel ou délictuel appartient entièrement au représentant du Ministère public.

Pourtant il appert, à travers l'exemple des affaires de rixe, c'est-à-dire de coups et blessures, simples ou avec incapacité de travail, que le Parquet ne traite pas de manière identique des situations objectivement identiques. Ainsi, il est difficile de suivre un défaut de décorrectionnalisation d'une affaire par le Parquet en dépit de l'existence de circonstances atténuantes identiques à celles d'autres affaires dans lesquelles la « clémence du Parquet » a connu la leur du jour, ou l'inverse.

Dès lors, il est nécessaire de subordonner la décriminalisation ou la décorrectionnalisation à l'existence de conditions ou circonstance objectives afin de permettre un traitement égal de faits ayant eu lieu de manière identique. Et ces critères devraient pouvoir être invoqués par la défense, qui à chaque fois n'est que le spectateur, certes invitée, mais totalement obsolète au stade du renvoi de l'affaire.

Il en va de la transparence de notre Justice.

• **La violation de la présomption d'innocence**

La présomption d'innocence est le principe selon lequel une personne est considérée innocente jusqu'à ce qu'une juridiction ait définitivement statué sur sa culpabilité.

Principe général du droit luxembourgeois, la présomption d'innocence puise également son essence dans les articles 6 § 2 de la Conv. EDH et 14 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

22. Pereira Henriques c. Luxembourg.

- *Au cabinet d'instruction*

Au cabinet d'instruction, le secret d'instruction devrait trouver son apogée, car sa première raison d'être est celle de la protection de la vie privée de la personne accusée.

Pourtant, il s'avère qu'en pratique les lieux exigües du cabinet d'instruction ne permettent pas toujours de garantir le secret d'instruction et portent, par ce biais, atteinte à la présomption d'innocence.

En effet, en dépit des inlassables efforts de la seule personne à l'accueil, constamment débordée par les nombreux visiteurs (policiers, parquetiers, avocats et familles) et les innombrables appels téléphoniques, le bureau de consultation des dossiers, à peine plus grand que celui de l'ancien Palais de Justice, ne permet pas une consultation du dossier à l'abri des regards curieux.

Là aussi, la Justice est en manque de moyens, tout comme pour le transport des détenus qui veulent consulter leur dossier, qui sont rapatriés à leur cellules au bout de deux heures (p. ex. pour lire un dizaine de classeurs) faute de personnel policier disponible.

Il en va de la discrétion de notre Justice !

- *À l'audience*

Le prévenu se trouvant en détention préventive est amené par les couloirs du Palais à l'audience dans des conditions indignes à la personne humaine. Étant présumée innocente jusqu'à ce qu'une décision devenue définitive ait tranché de la culpabilité de cette personne, le prévenu assiste à l'audience comme une personne dont la culpabilité est déjà établie.

Placée sur un banc inconfortable en bois en position rabaissée par rapport au tribunal, menottée pendant l'audience, démenottée devant les juges lors de sa déposition, menottée de nouveau devant les juges après sa déposition, souffrant sous le bruit des craquements des menottes, le sort de la personne soupçonnée semble être scellé avant même qu'un jugement soit intervenu.

Si dans certaines affaires d'envergure et complexes (e.g. CHL, Luxair) on permet aux prévenus de s'asseoir aux côtés de leur avocat, cela devrait être la même règle pour tous.

Il en va de l'image de notre Justice !

## ***2. Les problématiques à venir***

Il s'agit ici de faire état de quatre sujets qui sont d'une importance d'ordre personnel pour l'orateur.

- *Le réquisitoire final, un préalable nécessaire à la défense*

L'ordre des débats à l'audience ne respecte aucunement le procès équitable. Aux termes de l'article 190-1 3° du Code d'instruction criminelle, « [...] le prévenu et les personnes civilement responsables peuvent présenter leur défense ; le procureur d'État résume l'affaire et donne ses conclusions ».

Concrètement, l'avocat de la défense doit présenter ses conclusions de défense avant d'entendre le Ministère public dire de quoi il croit le prévenu coupable. C'est le monde à l'envers, car il est illogique de concevoir une défense contre une attaque (un réquisitoire) qui intervient APRES la défense.

Si le respect du procès équitable de l'article 6 § 1 CEDH implique qu'aucune partie ne soit placée dans une situation défavorable par rapport à l'autre partie, il faut que la défense ait connaissance du réquisitoire avant d'exposer ses moyens afin de pouvoir les adapter.

Si le texte, l'article 190-1 3° CIC, avait une origine historique, force est de constater que le procès pénal de nature inquisitoire tend de plus en plus à être accusatoire. Y a-t-il alors encore un intérêt que la partie qui accuse (le Parquet) plaide après la défense ?

À l'évidence il faut répondre par la négative comme c'est le cas dans tous les pays proches du Grand-Duché !

Il en va de la logique de notre Justice.

- *Le juge « à la carte »*

Le principe de l'égalité des armes connaît également d'une autre violation en ce qui concerne la décision réservée au Parquet de choisir une chambre à laquelle l'affaire sera déférée.

En effet, après consultation des calepins de juridiction, le parquetier en charge du dossier inscrit l'affaire auprès de la chambre qui a priori peut donner le plus rapidement suite à ladite affaire.

Mais comment le justiciable peut-il être sûr que ce choix est uniquement une question de consultation des calepins des juridictions ou peut-il y voir d'autres raisons, voire des choix tactiques, à savoir le choix du juge que le Parquet considère, en pratique, le plus réceptif à son réquisitoire.

Cette tâche de répartition des affaires ne devrait incomber à aucune partie au procès pénal, mais à une personne impartiale, ou devrait se faire de concert avec la défense.

D'ailleurs dans ce contexte, ne faudrait-il pas aussi songer à spécialiser les différentes chambres devant la complexité grandissante des affaires ?

Il en va de l'indépendance de notre Justice.

– *La jurisprudence « à la carte »*

La base de données CREDOC est un recueil informatique des décisions rendues par les juridictions luxembourgeoises, qui peut être consulté par l'intermédiaire du Parquet général en y adressant sa demande avec les critères de recherche souhaités, mais l'accès à la loi<sup>23</sup> (lato sensu) n'est pas un accès gratuit.

De plus, il arrive que les décisions fournies sur demande par le service CREDOC ne soient pas toujours pertinentes au regard des mots-clefs formulés dans la demande. Récemment encore, l'orateur a dû faire le constat qu'un représentant du Ministère Public versait en intégralité une décision qui certes figurait dans le listing Credoc, mais dont les passages importants à caractère jurisprudentiel n'y avaient pas été transcrits !

Car, en effet, de leur côté, les magistrats disposent d'un accès instantané à une autre base de données « *REGAIN* » qui permet des recherches jurisprudentielles en continu et plus nettes !

Le problème est récurrent, notamment pour les décisions des chambres de conseil (comme celles dont je vous ai parlé au début), qui ne sont presque jamais publiées et donc inaccessibles au public.

Dans ses conclusions devant le Conseil d'État français dans l'affaire mettant en cause la légalité du décret sur les banques de données juridiques<sup>24</sup>, le commissaire du gouvernement exprimait sans ambiguïté le lien entre l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » et le devoir incombant à l'État en matière de mise à disposition de l'information juridique : « [...], l'existence même de la société de droit reposant sur le postulat selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Ce postulat implique que l'État, entendu dans son sens le plus large, prenne, au nom de l'intérêt général, les mesures permettant la diffusion et la compréhension de la norme bien au-delà de la sphère étroite des pouvoirs publics ». Dans ce contexte, la doctrine estime que « l'action des pouvoirs publics [...] doit tendre à assurer l'accès le plus large et le plus égal aux sources du droit (lois, règlements, jurisprudence, doctrine administrative), en contrepartie de l'obligation faite à toute personne de ne pas ignorer la loi »<sup>25</sup>.

Ce constat implique logiquement que l'enjeu de l'accessibilité de l'information juridique se résume à la question de l'égalité d'accès au droit. La garantie de l'accessibilité générale au droit permet de mettre fin aux circuits clandestins de jurisprudences (p. ex. entre avocats) qui permettent à certains d'obtenir des décisions judiciaires inédites afin de les brandir devant le juge.

23. Les juges de la Cour EDH appliquent le mot « loi » au sens large en y incluant les textes législatifs et réglementaires, mais également la jurisprudence qui en dégage par les juridictions nationales. Exemple : *Arrêt Cantoni c. France*.

24. CE français, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris, conclusions J.-D. COMBEXELLE, D.I.T.*, 1998/1, pp. 44 et s.

25. Yves Poulet et Philippe Gérard, « Pour un cadre juridique de la diffusion des produits informationnels juridiques », Firenze, 1-3 septembre 1993.

De même, le comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation n° R(95)11 du 11 septembre 1995 a considéré « que la pleine connaissance de la jurisprudence de toutes les juridictions est une des conditions essentielles de l'application équitable du droit ». Les jurisprudences étant de nature interprétatives, complémentaires voire créatrices de droit, la doctrine estime que « sans aller jusqu'à dire que le justiciable a droit à la publication de tous les jugements rendus, son représentant – juriste de profession – a certainement le droit, et même le devoir de se tenir au courant des derniers développements du droit pour mieux servir son client et les intérêts supérieurs de la justice »<sup>26</sup>. Il convient de remarquer à ce sujet que les arrêts rendus par la Cour de Cassation sont consultables sur internet. Pourtant il ne s'agit pas réellement d'une avancée sur le point informatique dans la mesure où le site internet hébergeant lesdits arrêts n'intègre pas de machine de recherche de sorte que l'ignorance du numéro du rôle de l'arrêt cherché représente un obstacle quasiment insurmontable dans la recherche de l'arrêt pertinent. En outre, les décisions considérées par la doctrine comme faisant partie de la jurisprudence luxembourgeoise sont majoritairement rendues par les tribunaux de première instance (à savoir le juge de paix et le tribunal d'arrondissement) ou les juridictions d'appel.

Quant au caractère onéreux du service, il est devenu obsolète de différencier entre les parties à l'instance pour décider de leur accès gratuit ou payant à la jurisprudence. « Il serait malsain que certains justiciables, à défaut pour eux d'avoir les moyens financiers, ne puissent, via leurs représentants, accéder à des sources d'informations dont le traitement apparaît nécessaire pour que leur cause puisse être valablement défendue »<sup>27</sup>.

S'il est de principe que chaque partie doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire<sup>28</sup>, les modalités d'accès à la base de données juridique devraient être identiques pour toutes les parties à l'instance.

De même l'accès à la jurisprudence tel qu'il existe au Grand-Duché ne se conforme aucunement avec les exigences de l'article 7 de la Conv. EDH qui dispose de la prédétermination textuelle des infractions et de leurs peines.

Si, à la première lecture, le texte ne permet de conclure à l'accès à la loi et la jurisprudence, il convient de se référer à la jurisprudence dégagée par la Cour strasbourgeoise en la matière. Ainsi la jurisprudence strasbourgeoise considère

26. Alice Popovici, « Notes sur l'état inadéquat des recueils de jurisprudence au Québec », R. du B., 1972, n° 32, p. 93, cité dans Cour supérieure Montréal, 21 septembre 1998, Wilson & Lafleur Ltée c. La Société québécoise d'information juridique, R.J.Q., 1998, p. 2499.

27. Yves Pouillet, « Plaidoyer pour un ou des service(s) universel(s) d'informations publiques », L'accès à l'information publique : une clé pour la connaissance économique et la démocratie électronique, Actes du colloque organisé par la Commission européenne les 27 et 28 juin 1996, à Stockholm..

28. CEDH, *Dombo Beheer*, précité.



que tout justiciable doit pouvoir être en mesure de connaître les textes, le cas échéant interprétés à la lumière de la jurisprudence qui lui sont applicables, ce qui implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité<sup>29</sup>. Or, l'évolution jurisprudentielle au Luxembourg ne peut point être considérée comme accessible ou prévisible, du fait que son accès s'accompagne des obstacles pratiques précédemment évoqués.

Il y va de l'efficacité de notre Justice.

– *La motivation des décisions de privation de liberté*<sup>30</sup>

Depuis son assermentation, l'orateur a toujours été frappé par l'étroitesse de la motivation des mandats de dépôts et la facilité ou rapidité avec laquelle on peut se retrouver en détention.

L'usage de clauses de styles était récurrent<sup>31</sup> : « Les indices graves résultent des éléments du dossier » (lesquels ?) ou encore « Le danger de fuite est présumé » (oui, c'est la loi en matière de crime ou de non-résidents) et encore « le danger d'obscurcissement est établi car il reste des vérifications à faire » (lesquelles ?, et en quoi cela empêche la libération) et surtout « le danger de récidive est établi, car il est à craindre que l'inculpé n'abuse de sa liberté pour commettre des nouvelles infractions » (implacable, celui-là, c'est la définition).

En revanche, lorsque votre arbre fruitier dépasse la clôture et que le voisin veut garder vos ou ses fruits, la Justice de Paix va rendre une décision avec une motivation recherchée et truffée de jurisprudences remontant facilement au XIX<sup>e</sup> siècle, le tout sur une bonne dizaine de pages.

Les décisions de la chambre du conseil n'étaient pas plus éclairées et l'arrêt d'appel se limitait à dire que le recours n'est pas fondé et renvoyait à l'ordonnance de la chambre du conseil.

Il est vrai que les juges d'instruction ne sont pas à envier au vu du nombre de dossiers et la chambre de conseil (et la Cour) croule sous le nombre de demandes de liberté provisoire<sup>32</sup>, mais l'orateur n'a jamais compris pourquoi la liberté n'avait pas plus de valeur.

Ceci d'autant plus que l'article 5 2. de la CEDH impose aux États d'informer toute personne des raisons de son arrestation. Au vu de la motivation des décisions d'incarcération p. ex. allemandes, on s'étonne que la Cour de Strasbourg n'ait pas encore eu à se prononcer sur nos pratiques quotidiennes.

29. CEDH, 13 juillet 1995, Tolstoy Miloslavsky c. RU, § 37 ; CEDH, 22 novembre 1995, S.W. et C.R. c. Royaume-Uni ; CEDH, 15 novembre 1996, Cantoni c. France, § 29.

30. partie non présentée au Juristentag, faute de temps !

31. et il était déjà craint par Roger Thiry in « Précis d'Instruction Criminelle en Droit Luxembourgeois » volume II 10/1984 sub 269 p. 118 al. 3.

32. et de demandes de restitutions, de mainlevé d'interdiction de permis, de recours en nullité et de recours en matière de CRI...

S'il est vrai que là aussi des efforts sont faits pour améliorer les choses, il faut espérer pour que le niveau du débat s'élève encore d'avantage pour que l'impression du justiciable-détenu d'être le maillon faible dans un travail à la chaîne cesse définitivement. Cela aura nécessairement comme conséquence que plus il faudra motiver les détentions, moins il y en aura, non en raison d'une surcharge de travail, démotivante pour celui qui doit prendre la décision, mais parce qu'il faudra donner de bonnes et véritables raisons et que les critères vont s'affiner.

Le législateur a introduit le contrôle judiciaire, mais cela n'a eu nullement l'effet escompté de réduire le nombre de détenus préventifs. La preuve ? On fait construire une deuxième prison. Cette introduction a eu pour effet que les personnes qui auraient normalement pu repartir tout à fait libres se retrouvent maintenant astreintes à des conditions<sup>33</sup>.

S'il faudrait là aussi donner d'avantage de moyens à cette pierre angulaire si importante dans notre chaîne pénale qu'est la chambre du conseil<sup>34</sup>, et plaider afin de voir accroître le recours au contrôle judiciaire pour les personnes pour lesquelles la détention n'est pas vraiment nécessaire<sup>35</sup>, le corollaire d'une motivation plus exhaustive de ces décisions pourrait être une diminution du nombre des demandes que le détenu peut actuellement encore introduire à un nombre illimité.

Il en va de la souveraineté de notre Justice.

## Conclusion

À travers cette intervention, l'orateur est à même de dénoter une certaine résistance au développement des Droits de l'Homme au Luxembourg. Il ne s'agit aucunement à ce point de former des reproches à l'encontre des juristes.

Tout au contraire, il s'agit de rechercher les causes primaires à l'origine du caractère relativement figé du droit luxembourgeois :

- Est-ce une opposition du principe de souveraineté par rapport aux textes supranationaux ? Certainement pas !
- Est-ce une insuffisance de formation continue ? La réponse négative s'impose également sur ce point !

Est-ce tout simplement un immobilisme inhérent à un système conservatoire par nature ? Au vu des développements dans nos pays voisins, il faut croire que non.

- Est-ce lié à la taille de nos administrations qui doivent accomplir le même travail législatif que nos grands voisins ? C'est possible !

33. avec un important suivi à réaliser par la Police locale.

34. par création d'une deuxième chambre p. ex.

35. avec possibilité d'un contrôle au-delà des frontières nationales.

- Mais, peut-être s'agit-il d'un léger manque de courage des acteurs judiciaires, qu'ils soient magistrats ou avocats ? La Justice n'est-elle pas faite par des Hommes pour les Hommes. Ce sont donc ces hommes et femmes qui devraient faire avancer le droit et non le droit qui doit courir après ses sujets !
- Ou peut-être encore s'agit-il d'un défaut de concert entre les acteurs juridiques ! Certes les avocats s'entretiennent dans les couloirs du Palais de justice, dans les salles d'audiences, pendant les soirées organisées par le Barreau, etc. Et les magistrats en font de même de leur côté.

Or, il n'y a de véritable communication entre avocats et magistrats qu'en salle d'audience lors de laquelle l'intérêt n'est pas le droit en soi, mais le sort d'une personne face à une accusation, de sorte que le débat est parfois peu réceptif à une argumentation théorique autour des Droits de l'Homme.

Ainsi, au lieu de voir une simple rivalité entre les acteurs juridiques, il convient au contraire de promouvoir leur collaboration en dehors des prétoires, afin de satisfaire un besoin primaire du citoyen à savoir celui d'une justice équitable.

De telles initiatives ont pu être prises dernièrement et j'ai été honoré de pouvoir y participer. L'échange de vues a été intéressant et le travail a été fructifiant.

Il faut encourager de telles associations entre acteurs juridiques et chacun y trouvera son compte, que ce soit à l'élaboration d'avant-projets de lois ou au niveau du fonctionnement de la justice.

En ce sens, le Juristentag est une belle création.

