



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

COUR (PLÉNIÈRE)

**AFFAIRE BORGERS c. BELGIQUE**

*(Requête n°12005/86)*

ARRÊT

STRASBOURG

30 octobre 1991

**En l'affaire Borgers c. Belgique\***,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 51 du règlement\*\* et composée des juges dont le nom suit:

MM. J. CREMONA, *président*,

Thór VILHJÁLMSSON,

Mme D. BINDSCHEDLER-ROBERT,

MM. F. GÖLCÜKLÜ,

F. MATSCHER,

J. PINHEIRO FARINHA,

L.-E. PETTITI,

B. WALSH,

Sir Vincent EVANS,

MM. R. MACDONALD,

C. RUSSO,

R. BERNHARDT,

A. SPIELMANN,

N. VALTICOS,

S.K. MARTENS,

Mme E. PALM,

MM. I. FOIGHEL,

R. PEKKANEN,

A.N. LOIZOU,

J.M. MORENILLA,

F. BIGI,

M. STORME, *juge ad hoc*,

ainsi que de MM. M.-A. EISSEN, *greffier*, et H. PETZOLD, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 22 mars et 25 septembre 1991,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

**PROCEDURE**

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") puis par le gouvernement belge ("le Gouvernement"), les 11 juillet et 26 septembre 1990, dans le délai de trois

---

\* L'affaire porte le n° 39/1990/230/296. Les deux premiers chiffres en indiquent le rang dans l'année d'introduction, les deux derniers la place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

\*\* Les amendements au règlement entrés en vigueur le 1er avril 1989 s'appliquent en l'espèce.

mois qu'ouvrent les articles 32 par. 1 et 47 (art. 32-1, art. 47) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"). A son origine se trouve une requête (n° 12005/86) dirigée contre la Belgique et dont un ressortissant de cet État, M. André Borgers, avait saisi la Commission le 5 décembre 1985 en vertu de l'article 25 (art. 25).

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 (art. 44, art. 48) ainsi qu'à la déclaration belge reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46) (art. 46), la requête du Gouvernement à l'article 48 (art. 48). Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'État défendeur aux exigences de l'article 6 (art. 6) de la Convention.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 par. 3 d) du règlement, le requérant a manifesté le désir de participer à l'instance et a désigné son conseil (article 30).

3. La chambre à constituer comprenait de plein droit M. J. De Meyer, juge élu de nationalité belge (article 43 de la Convention) (art. 43), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 27 août 1990, celui-ci en a désigné par tirage au sort les sept autres membres, à savoir MM. J. Cremona, F. Matscher, B. Walsh, C. Russo, N. Valticos, A.N. Loizou et J.M. Morenilla, en présence du greffier (articles 43 in fine de la Convention et 21 par. 4 du règlement) (art. 43).

Le 18 juillet 1990, M. De Meyer avait déclaré se récuser en application de l'article 24 par. 2 du règlement, car l'espèce soulève les mêmes questions que jadis l'affaire Delcourt, dans laquelle il avait comparu comme agent et conseil du Gouvernement (arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 5, par. 7). Le 21 septembre, le Représentant permanent de la Belgique auprès du Conseil de l'Europe a notifié au greffier la nomination de M. le professeur M. Storme en qualité de juge ad hoc (articles 43 de la Convention et 23 du règlement) (art. 43).

4. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et le représentant du requérant au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 par. 1). Conformément aux ordonnances ainsi rendues, le greffier a reçu le 17 décembre 1990 le mémoire du Gouvernement et le 13 janvier 1991 celui du requérant.

Par une lettre du 14 janvier, le secrétaire de la Commission lui a indiqué que le délégué s'exprimerait oralement.

5. Le 23 janvier 1991, la chambre a résolu de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière (article 51 du règlement).

6. Le 12 octobre 1990, le président avait fixé au 19 mars 1991 la date de l'audience après avoir recueilli l'opinion des comparants par les soins du greffier (article 38 du règlement).

7. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu:

- pour le Gouvernement

M. J. LATHOUWERS, secrétaire d'administration-juriste,  
ministère de la Justice, *agent,*

Mes P. VAN OMMESLAGHE, avocat,

P. GÉRARD, avocat, *conseils;*

- pour la Commission

M. S. TRECHSEL, *délégué;*

- pour le requérant

Me J. GILLARDIN, avocat, *conseil.*

La Cour a entendu MM. Van Ommeslaghe, Trechsel et Gillardin en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à ses questions.

8. Les délibérations finales ont eu lieu sous la présidence de M. Cremona, vice-président de la Cour, qui a remplacé M. Ryssdal, empêché (article 9).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Ressortissant belge domicilié à Lummen (Belgique), M. André Borgers est actuellement avocat au barreau de Hasselt.

10. Élu conseiller provincial le 8 novembre 1981, il demanda à être démis des fonctions de juge de paix suppléant qu'il exerçait depuis le 12 avril 1976 mais que le code judiciaire rendait incompatibles avec son nouveau mandat.

11. Le 16 juin 1981 il avait été traduit, du chef de faux et d'usage de faux en écritures, devant la cour d'appel d'Anvers, compétente en vertu du privilège de juridiction dont il jouissait en sa qualité de magistrat. Elle lui infligea le 19 mai 1982 six mois d'emprisonnement avec sursis et une amende de 40 000 francs belges.

12. Le requérant se pourvut en cassation. Selon lui, l'arrêt le condamnant n'était pas légalement motivé, méconnaissait la foi due aux procès-verbaux d'interrogatoire et avait été rendu à la suite d'une violation des droits de la défense. Conformément à l'usage, le parquet général près la cour d'appel d'Anvers ne présenta pas de mémoire en réponse.

13. Le 20 mars 1984, la Cour de cassation accueillit le pourvoi et censura la décision querellée, pour défaut de motivation. Auparavant, elle avait

entendu à l'audience le rapport du conseiller d'Haenens et les conclusions conformes de l'avocat général Tillekaerts, qui avait assisté aussi au délibéré en vertu de l'article 1109 du code judiciaire (paragraphe 17 ci-dessous).

14. La cour d'appel de Gand, juridiction de renvoi, l'ayant condamné le 14 novembre 1984 à des peines identiques aux précédentes (paragraphe 11 ci-dessus), l'intéressé saisit à nouveau la Cour de cassation; il se plaignait notamment d'un défaut de motivation de ce dernier arrêt et d'une interprétation erronée des dispositions pénales relatives au faux en écritures et à la prescription.

15. La Cour le débouta le 18 juin 1985, après une audience où elle entendit le rapport du conseiller d'Haenens et les conclusions conformes de l'avocat général Tillekaerts, lequel avait participé aussi aux délibérations (paragraphe 17 ci-dessous).

## II. DROIT ET PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Le ministère public près la Cour de cassation de Belgique

16. Aux termes de l'article 141 du code judiciaire,

"Le procureur général près la Cour de cassation n'exerce pas l'action publique, sauf lorsqu'il intente une action dont le jugement est attribué à la Cour de cassation."

Ce texte remplace l'article 37 de l'arrêté du Prince souverain, du 15 mars 1815, en cause dans l'affaire Delcourt (précitée, paragraphe 3 ci-dessus) et ainsi libellé:

"Même en matière criminelle, le procureur général près la cour ne peut être considéré comme partie; il ne donne que des conclusions, à moins qu'il n'ait demandé lui-même la cassation. Dans ce cas, il présente son réquisitoire, qui, déposé au greffe, est remis sans autre formalité au rapporteur désigné par le premier président et distribué ensuite avec le rapport entre les membres du parquet."

Sans doute le ministère public assume-t-il le rôle de partie lorsque la Cour statue au fond, mais il s'agit là de cas plutôt rares. Parmi eux figurent le jugement des ministres (article 90 de la Constitution), la prise à partie (articles 613, 2<sup>o</sup>, et 1140 à 1147 du code judiciaire) et les poursuites disciplinaires contre certains magistrats (articles 409, 410 et 615 du même code).

En dehors de ces hypothèses exceptionnelles, le parquet de cassation exerce, en toute indépendance, les fonctions de conseiller de la Cour. A ce titre, il lui arrive fréquemment de conclure au rejet du pourvoi formé par le ministère public près une juridiction du fond, ou à l'admission de celui d'un prévenu, voire de soulever d'office un moyen contre une sentence de condamnation.

17. Au sujet de la procédure, tant civile que pénale, devant la Cour de cassation, le code judiciaire dispose:

#### **Article 1107**

"Après le rapport, les avocats présents à l'audience sont entendus. Leurs plaidoiries ne peuvent porter que sur les questions de droit proposées dans les moyens de cassation ou sur les fins de non-recevoir opposées au pourvoi.

Le ministère public donne ensuite ses conclusions, après quoi aucune note ne sera reçue."

#### **Article 1109**

"Le ministère public a le droit d'assister à la délibération à moins qu'il se soit lui-même pourvu en cassation; il n'a pas voix délibérative."

Un pourvoi émane du parquet général quand celui-ci l'introduit dans l'intérêt de la loi (articles 1089 et 1090 du code judiciaire et 442 du code d'instruction criminelle), ou sur la dénonciation du ministre de la Justice (articles 1088 du code judiciaire et 441 du code d'instruction criminelle).

La règle qui, en pareil cas, exige l'absence du ministère public au délibéré de la Cour s'appliquait déjà sous l'empire de l'arrêté du Prince souverain, du 15 mars 1815 (paragraphe 16 ci-dessus), mais il ne la formulait pas expressément (compte rendu des audiences du 30 septembre 1969 dans l'affaire Delcourt, série B n° 9, p. 215). Il se bornait à disposer, en son article 39:

"En matière de cassation, le ministère public a le droit d'assister à la délibération lorsqu'elle n'a pas lieu à l'instant et dans la même salle d'audience, mais il n'a pas voix délibérative."

## **B. La discipline judiciaire**

### *1. Les magistrats du ministère public*

18. L'article 400 du code judiciaire établit ainsi la hiérarchie disciplinaire du parquet:

"Le Ministre de la justice exerce sa surveillance sur tous les officiers du ministère public, le procureur général près la Cour de cassation sur les procureurs généraux près les cours d'appel et ces derniers sur les membres du parquet général et de l'auditorat général, sur les procureurs du Roi, les auditeurs du travail et leurs substituts."

Il a succédé à l'article 154 de la loi d'organisation judiciaire de 1869, mentionné dans l'arrêt Delcourt (précité, série A n° 11, p. 16, par. 30).

L'article 414 du code judiciaire précise:

"Le procureur général près la cour d'appel peut appliquer aux magistrats du ministère public qui lui sont subordonnés les peines de l'avertissement, de la censure simple et de la censure avec réprimande.

Le procureur général près la Cour de cassation exerce les mêmes pouvoirs à l'égard des avocats généraux près cette Cour et des procureurs généraux près les cours d'appel.

Le Ministre de la justice peut de même avertir et censurer tous les officiers du ministère public ou proposer au Roi leur suspension ou leur révocation."

## *2. Les magistrats du siège*

19. Au sujet des poursuites disciplinaires contre les juges et du rôle y revenant au procureur général près la Cour de cassation, il y a lieu de citer les dispositions suivantes du même code:

### **Article 409**

"La Cour de cassation seule connaît des poursuites disciplinaires en destitution."

### **Article 413**

"Les magistrats suppléants" - tel M. Borgers de 1976 à 1981 (paragraphe 10 ci-dessus) - "relèvent, en cette qualité, des mêmes autorités disciplinaires que les magistrats effectifs."

### **Article 418**

"L'action disciplinaire est exercée d'office par l'autorité compétente en ce qui concerne les juges; si elle a pour objet l'avertissement, elle est exercée par l'autorité compétente pour prononcer cette mesure; dans les autres cas, elle est exercée par le premier président de la cour compétente. Elle peut toujours être exercée sur réquisition du ministère public."

## **PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION**

20. Dans sa requête du 5 décembre 1985 à la Commission (n° 12005/86), M. Borgers invoquait notamment l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention. Il critiquait la participation d'un avocat général près la Cour de cassation au délibéré: selon lui, elle avait porté atteinte à son droit à un procès équitable et au principe de l'égalité des armes. Par la suite, il s'est plaint en outre de n'avoir pu ni répondre aux conclusions de ce magistrat ni avoir la parole en dernier à l'audience du 18 juin 1985 (paragraphe 15 ci-dessus).

21. Le 12 avril 1989, la Commission a retenu ces griefs et déclaré la requête irrecevable pour le surplus. Dans son rapport du 17 mai 1990 (article 31 de la Convention) (art. 31), elle conclut, par quatorze voix contre une, à la violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Le texte intégral de son avis et de l'opinion séparée dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt\*.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 6 PAR. 1 (art. 6-1)

22. M. Borgers allègue une violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), aux termes duquel

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)"

Il se plaint d'abord de n'avoir pu, à l'audience du 18 juin 1985 devant la Cour de cassation (paragraphe 15 ci-dessus), répondre aux conclusions de l'avocat général ni prendre la parole en dernier; en second lieu, il s'élève contre la participation de celui-ci au délibéré qui suivit aussitôt après. En effet, l'unité organique et disciplinaire du ministère public, consacrée par les articles 400 et 414 du code judiciaire (paragraphe 18 ci-dessus), serait telle que ledit magistrat pouvait bel et bien passer pour l'adversaire du requérant. Sa présence en chambre du conseil n'aurait fait qu'aggraver la rupture de l'égalité des armes, déjà consommée au stade des débats.

La Commission partage pour l'essentiel cette analyse et invite la Cour à reconsidérer la solution adoptée dans son arrêt Delcourt du 17 janvier 1970 (paragraphe 3 ci-dessus).

23. Pour le Gouvernement au contraire, on ne saurait assimiler le ministère public près la Cour de cassation aux parquets des juridictions du fond. N'exerçant pas l'action publique, sauf cas exceptionnels (paragraphe 16 ci-dessus), il ne serait ni partie à l'instance, ni l'adversaire de quiconque. Sa seule mission consisterait à conseiller la Cour et à contribuer ainsi au maintien de l'unité de sa jurisprudence: à l'audience, par la voie de conclusions; en délibération, par l'aide qu'il apporterait à la rédaction de l'arrêt. Sa totale impartialité résulterait notamment de l'indépendance dont il jouit à l'égard du ministre de la Justice et de l'absence de lien hiérarchique

---

\* Note du greffier: Pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume 214-A de la série A des publications de la Cour), mais on peut se le procurer auprès du greffe.

entre le procureur général près la Cour de cassation et les magistrats des parquets près les juridictions du fond. Des statistiques récentes confirmeraient du reste que, comme par le passé, il arrive fréquemment au ministère public de cassation de conclure dans un sens favorable aux condamnés (arrêt Delcourt précité, série A n° 11, pp. 18-19, par. 34). Bref, l'instance litigieuse n'aurait méconnu ni le droit du requérant à un procès équitable devant un tribunal impartial, ni le principe de l'égalité des armes.

24. La Cour relève d'abord que les constatations de l'arrêt Delcourt au sujet de l'indépendance et de l'impartialité de la Cour de cassation et de son parquet conservent leur entière validité (série A n° 11, pp. 17-19, paras. 32-38). Certes, le code judiciaire est entré en vigueur depuis lors, mais il a largement confirmé le régime antérieur dans ce domaine, au travers de dispositions au libellé d'ailleurs déjà examiné pendant les audiences du 29 septembre 1969 (série B n° 9, pp. 170 et s.). Se référant aux motifs exposés dans ledit arrêt, la Cour n'aperçoit aucun manquement aux exigences de la Convention sur ce point.

Il y a lieu toutefois de rechercher si la procédure devant la Cour de cassation a respecté de surcroît les droits de la défense et le principe de l'égalité des armes, éléments de la notion plus large de procès équitable (voir entre autres l'arrêt Ekbatani du 26 mai 1988, série A n° 134, p. 14, par. 30). Celle-ci a connu dans la jurisprudence de la Cour une évolution des plus notables, marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice (voir entre autres, *mutatis mutandis*, les arrêts Piersack c. Belgique du 1er octobre 1982, série A n° 53, pp. 14-15, par. 30; Campbell et Fell c. Royaume-Uni du 28 juin 1984, série A n° 80, pp. 39-40, par. 18; Sramek c. Autriche du 22 octobre 1984, série A n° 84, p. 20, par. 42; De Cubber c. Belgique du 26 octobre 1984, série A n° 86, p. 14, par. 26; Bönisch c. Autriche du 6 mai 1985, série A n° 92, p. 15, par. 32; Belilos c. Suisse du 29 avril 1988, série A n° 132, p. 30, par. 67; Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, par. 48; Langborger c. Suède du 22 juin 1989, série A n° 155, p. 16, par. 32; Demicoli c. Malte du 27 août 1991, série A n° 210, p. 18, par. 40; Brandstetter c. Autriche du 28 août 1991, série A n° 211, p. 21, par. 44).

25. A cet égard aussi, le Gouvernement souligne qu'au pénal comme au civil, le ministère public près la Cour de cassation n'est point partie à l'instance devant elle - sauf cas exceptionnels étrangers à l'espèce -, de sorte qu'on ne saurait le considérer comme un adversaire; son rôle se limiterait à donner à la Cour un avis impartial et indépendant sur les questions juridiques soulevées et, en matière répressive, à lui signaler, même d'office, tout point de droit sur lequel la décision attaquée devrait se voir censurée.

26. Nul ne doute de l'objectivité avec laquelle le parquet de cassation s'acquitte de ses fonctions. En attestent le consensus dont il fait l'objet en

Belgique depuis ses origines et l'assentiment que le Parlement lui a marqué à diverses reprises.

Néanmoins, son opinion ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation: en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif. Dans la seconde hypothèse, l'article 6 par. 1 (art. 6-1) impose le respect des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes.

27. En l'espèce, l'audience du 18 juin 1985 devant la Cour de cassation se termina sur les conclusions de l'avocat général tendant au rejet du pourvoi de M. Borgers (paragraphe 15 ci-dessus). A aucun moment celui-ci ne put y répondre: avant, il n'en connaissait pas la teneur, faute d'en avoir reçu communication au préalable; après, la loi l'en empêchait. L'article 1107 du code judiciaire interdit même le dépôt de notes écrites après l'intervention du ministère public (paragraphe 17 ci-dessus).

On n'aperçoit point ce qui justifie de telles restrictions aux droits de la défense. Dès lors que le parquet avait présenté des conclusions défavorables au requérant, celui-ci avait un intérêt certain à pouvoir les discuter avant la clôture des débats. Que seules les questions de droit ressortissent à la compétence de la Cour de cassation, n'y change rien.

28. Ensuite et surtout, le déséquilibre s'accroît encore du fait de la participation, avec voix consultative, de l'avocat général au délibéré de la Cour. Pareille assistance, prêtée en toute objectivité, peut offrir une certaine utilité pour la rédaction des arrêts, quoique celle-ci relève au premier chef de la Haute juridiction elle-même. On conçoit mal cependant qu'elle puisse rester cantonnée aux questions de forme, au demeurant souvent indissociables du fond, si elle a également pour but, comme l'affirme aussi le Gouvernement, de contribuer au maintien de l'unité de la jurisprudence. Quand bien même elle s'y serait limitée en l'espèce, l'avocat général pouvait légitimement sembler disposer en chambre du conseil d'une occasion supplémentaire d'appuyer, à l'abri de la contradiction du requérant, ses conclusions de rejet du pourvoi.

29. En conclusion, eu égard aux exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes ainsi qu'au rôle des apparences dans l'appréciation de leur respect, la Cour constate une violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

## II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 (art. 50)

### 30. Aux termes de l'article 50 (art. 50) de la Convention,

"Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement

d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable."

### **A. Dommage**

31. À l'origine, M. Borgers réclamait une somme forfaitaire de 1 000 000 francs belges en réparation du dommage moral découlant des difficultés professionnelles et familiales qu'aurait provoquées l'échec de son pourvoi. A l'audience devant la Cour, il paraît s'être rallié à l'avis de la Commission. Pour celle-ci, on ne saurait supputer à quel résultat eût abouti une procédure exempte de violation. Quant au Gouvernement, il souligne, lui aussi, l'absence de lien de causalité entre l'infraction et le préjudice allégué.

Avec la Commission, la Cour estime que le constat de violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) constitue en soi une satisfaction équitable suffisante à cet égard.

### **B. Frais et dépens**

32. Le requérant sollicite en outre 113 250 francs belges pour les frais et honoraires, qu'il détaille, de l'avocat qui l'a défendu devant la Cour. Ni la Commission ni le Gouvernement ne formulent d'observations sur ce point.

De l'avis de la Cour, le montant revendiqué cadre avec les critères ressortant de sa jurisprudence. Il échet donc de l'allouer en entier à M. Borgers.

## **PAR CES MOTIFS, LA COUR,**

1. Dit, par dix-huit voix contre quatre, qu'il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention;
2. Dit, par vingt voix contre deux, que la Belgique doit verser au requérant, dans les trois mois, 113 250 (cent treize mille deux cent cinquante) francs belges pour frais et dépens;
3. Rejette, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 30 octobre 1991.

John CREMONA  
Président

Marc-André EISSEN  
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 par. 2 (art. 51-2) de la Convention et 53 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion dissidente de M. Cremona;
- opinion dissidente de M. Thór Vilhjálmsson;
- opinion concordante de MM. Pinheiro Farinha et Morenilla ;
- opinion dissidente de M. Martens;
- opinion dissidente de M. Storme.

J. C.  
M.-A. E.

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CREMONA

*(Traduction)*

Je regrette de ne pouvoir souscrire au présent arrêt.

Tout d'abord, il convient de ne pas se laisser impressionner par le caractère certes insolite du système belge qui, il faut tout de même l'admettre, repose sur un large consensus et fonctionne de manière satisfaisante depuis de nombreuses années, à tel point que le Parlement belge l'a confirmé à plusieurs reprises. On peut évidemment avoir des opinions divergentes quant à sa nécessité ou même à sa sagesse, mais il n'appartient pas à la Cour de se pencher sur cette question et de dire à la Belgique quel système elle doit adopter. L'essentiel, c'est qu'il n'y ait pas d'incompatibilité avec la Convention, et je n'en aperçois aucune en l'espèce.

Dans l'état actuel des choses, le procureur général près la Cour de cassation (laquelle ne statue que sur des points de droit) est en réalité, comme on l'a dit au paragraphe 34 de l'arrêt Delcourt, un auxiliaire de ladite juridiction qui, en toute objectivité (cela a aussi été admis dans le présent arrêt), fait connaître à celle-ci son avis sur le droit afin d'assurer l'uniformité de la jurisprudence. Il exerce ainsi une fonction parajudiciaire.

A ce titre, ledit procureur général (terme désignant ici aussi les autres membres du parquet de cassation, notamment les avocats généraux) ne s'attend pas - et nul ne peut s'attendre à une telle réaction - à être acclamé comme un allié lorsque, comme c'est souvent le cas en pratique, il exprime un avis juridique allant dans le sens de l'argumentation de l'accusé, et rejeté comme un adversaire dans l'hypothèse inverse, car en vérité - telle est la réalité de la situation examinée par la Cour dans l'affaire Delcourt - il n'est jamais ni l'un ni l'autre. Les apparences ne sauraient, à l'instar d'un caméléon, changer à l'égard de la même personne selon l'intérêt qui est le sien dans une affaire, car si l'analyse de la majorité est correcte, le même individu peut, dans une affaire, considérer le procureur général près la Cour de cassation comme un allié et, dans une autre, voir en lui un adversaire. Et si un pourvoi porte sur deux questions de droit distinctes, cela peut même être le cas dans une seule et même affaire. Il en va de même si deux recours sont successivement introduits auprès de la Cour de cassation au sujet de deux questions différentes dans la même affaire. C'est en fait ce qui s'est produit en l'espèce, où l'avis juridique du même procureur général était favorable au requérant dans le cadre du premier pourvoi, qui fut accueilli, et lui était défavorable dans le cadre du second, qui fut rejeté. Il va de soi que le requérant était satisfait la première fois et mécontent la seconde. Assurément, une personne exerçant la profession d'avocat et ayant exercé celle de juge, assistée de surcroît par un autre avocat et connaissant

parfaitement le système, serait la dernière à succomber à de fausses impressions à cet égard.

Il me faut préciser à ce stade que si elle est censée fournir une sorte de justification pour le renversement de jurisprudence opéré, la série d'arrêts énumérée au paragraphe 24 ne m'émeut pas. En réalité, les affaires citées se rapportaient à un manque allégué d'impartialité (et d'indépendance), et l'importance conférée dans chacune des décisions concernées à la question des apparences se situait dans ce contexte. Dans le présent arrêt, en revanche, la Cour déclare qu'eu égard aux motifs énoncés dans l'arrêt *Delcourt*, elle n'aperçoit aucun manquement aux exigences de la Convention relativement à l'impartialité et à l'indépendance de la Cour et du parquet de cassation. Elle enchaîne alors en examinant l'affaire sous l'angle de l'égalité des armes et des droits de la défense (paragraphe 24). Or là, les arrêts mentionnés qui, je le répète, avaient réellement trait aux questions d'impartialité et d'indépendance, ne sont d'aucune aide, ou du moins d'aucune aide directe.

De toute manière, si ces arrêts sont invoqués comme précédents à l'appui d'un revirement, compte tenu de l'importance qu'ils attribuent aux apparences, ce phénomène s'expliquant par le caractère évolutif de la jurisprudence de la Cour, il convient de noter que dans l'affaire *Delcourt* aussi, on a donné du poids aux apparences. Mais le point réellement important, c'est que, regardant par-delà les apparences, la Cour avait jugé à l'époque que la réalité de la situation, eu égard notamment au rôle véritable du procureur général près la Cour de cassation, ne révélait aucun manquement aux exigences d'un "procès équitable", au sens de l'article 6 (art. 6), et d'après moi elle aurait dû faire de même en l'espèce. Après tout, il est hors de doute que le fait de considérer la réalité d'une situation donnée en regardant par-delà les apparences représente, en soi, une attitude parfaitement saine du point de vue tant du droit que du bon sens. C'est d'ailleurs une démarche que la Cour a suivie de manière explicite dans bon nombre d'affaires autres que l'affaire *Delcourt* (voir, par exemple, les arrêts *Deweert*, série A n° 35, p. 23, par. 44; *Van Droogenbroeck*, série A n° 50, pp. 20-21, par. 38; *Sporrong et Lönnroth*, série A n° 52, pp. 24-25, par. 63). Que dans certains cas elle ait conclu à l'existence et dans d'autres à l'absence de violation, là n'est évidemment pas le problème.

Quant à l'accroissement de la sensibilité du public aux garanties d'une bonne justice, invoqué aussi (plutôt vaguement) en rapport avec le processus évolutif caractérisant la jurisprudence de la Cour, et qui ne peut certainement pas être devenu explosif depuis l'affaire *Delcourt*, il ne saurait pas non plus servir à justifier une volte-face.

Dans l'affaire *Delcourt*, après avoir examiné le problème de manière très attentive sous tous les aspects, y compris celui des apparences, la Cour s'est livrée à un exercice d'appréciation sur lequel il faudrait ne revenir qu'en cas de réelle nécessité et qui, d'après moi, reste toujours valable en tant que tel.

En conclusion, je ne pense pas que les arrêts cités au paragraphe 24 constituent réellement des précédents valables justifiant un renversement de jurisprudence et je ne vois pas d'autres raisons suffisamment impérieuses pour que la Cour s'écarte d'un arrêt sur la base duquel l'État défendeur agit de bonne foi depuis tant d'années.

Enfin, comme c'est l'habitude, j'ai voté sur la question d'une satisfaction équitable au titre de l'article 50 (art. 50) en fonction de la décision de la majorité quant au fond.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE THÓR  
VILHJÁLMSOON

*(Traduction)*

Il ne m'a pas été possible de voter avec la majorité de la Cour sur la question principale en l'espèce: y a-t-il eu, oui ou non, violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention?

Les points à examiner figurent au paragraphe 24 de l'arrêt. Je n'ai rien à ajouter à ce qui est dit dans son premier alinéa, auquel j'adhère complètement.

Quant à la pertinence du fait que l'avocat général a exprimé son avis en audience publique et a été le dernier à prendre la parole avant que la Cour ne se retirât pour délibérer en chambre du conseil, je voudrais citer le paragraphe 29 de l'arrêt Delcourt:

"Les pourvois dont la Cour de cassation fut saisie dans cette affaire émanaient tous deux [du requérant]; selon le droit belge, la partie défenderesse n'était pas le ministère public de cassation mais le parquet sur réquisition duquel les juridictions du fond avaient rendu les décisions attaquées, à savoir le procureur du Roi de Bruges et le procureur général à la Cour d'appel de Gand. Le requérant pouvait donc prétendre, en vertu de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention, à une entière égalité de traitement par rapport au parquet de ces juridictions. Or, les renseignements non contestés fournis à la Cour montrent qu'il n'a subi aucune discrimination à cet égard. Bien mieux: les parquets de première instance et d'appel n'ont pas usé de leur droit de répondre par écrit au mémoire [du requérant] et la législation applicable ne leur offrait pas la faculté de comparaître à l'audience devant la Cour de cassation, ni moins encore celle d'assister au délibéré."

La Cour avait ajouté au paragraphe 34:

"Le ministère public de la Cour de cassation est en somme un auxiliaire et un conseiller de la Cour; il exerce une fonction parajudiciaire."

J'estime que les faits ainsi décrits sont comparables à ceux de la présente espèce et que l'analyse juridique développée dans l'arrêt Delcourt reste valable. Il ne me semble pas que la question de l'égalité des armes se pose dans ce contexte, car l'avocat général ne se trouvait pas engagé dans un débat l'opposant au requérant. Sa tâche était d'émettre un avis sur les questions juridiques devant la Cour de cassation une fois que l'intéressé avait présenté ses arguments. Il lui incombait en outre de rendre publique son opinion à un stade déterminé de la procédure. Je considère qu'il n'a pas été démontré qu'il y ait eu ainsi méconnaissance des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes.

Il convient de se pencher aussi sur la présence de l'avocat général aux délibérations des conseillers à la Cour de cassation. Comme je l'ai dit plus haut, je ne considère pas l'avocat général comme un adversaire du requérant mais plutôt comme un auxiliaire des juges. Même si l'on devait estimer qu'il se trouvait quelque peu lié par sa déclaration publique, cela n'aurait

pas grande importance. Les solides traditions du pouvoir judiciaire en Belgique et la compétence que les juges tirent de leur formation et de leur expérience fournissent les garanties effectives nécessaires d'indépendance et d'impartialité. Je ne relève en l'espèce aucune violation de la règle du procès équitable.

La troisième et dernière question est celle des apparences. Les fonctions du parquet de cassation en Belgique se fondent sur des traditions anciennes et bien connues. Eu égard à l'ensemble des circonstances, j'estime établi que l'impartialité objective de la Cour ne saurait être contestée.

## OPINION CONCORDANTE DE MM. LES JUGES PINHEIRO FARINHA ET MORENILLA

1. Nous sommes d'accord avec le dispositif de l'arrêt mais, à notre regret, nous ne pouvons accepter ce que la majorité dit aux paragraphes 24 et 28.

2. Nous rejetons l'affirmation de "l'entière validité" des constatations de l'arrêt Delcourt au sujet de l'indépendance et de l'impartialité du parquet de la Cour de cassation. Nous croyons qu'il aurait fallu, tout au contraire, s'écarter expressément du contenu des paragraphes 32-38 de cet arrêt.

3. En ce qui concerne l'indépendance du parquet de la Cour de cassation, il faut remarquer le pouvoir du ministre de la Justice, selon les articles 400 et 414 du code judiciaire belge (paragraphe 18), d'exercer sa surveillance sur "tous les officiers du ministère public", notamment de les "avertir et censurer" ou de "proposer au Roi leur suspension ou leur révocation", et la structure hiérarchisée du parquet qui découle des premier et second alinéas du même article 414.

4. Par conséquent, l'avocat général qui a présenté ses conclusions finales dans la procédure de cassation et qui a participé aux délibérations de la Cour, restait un des membres du ministère public.

5. Nous n'éprouvons aucun doute quant à l'intégrité des membres du parquet, quant à leur indépendance intellectuelle, mais nous constatons qu'ils demeurent des représentants de l'accusation dans les affaires pénales et, par conséquent, des adversaires procéduraux de l'accusé.

6. A notre avis, et sauf notre respect pour les membres de la majorité, on ne peut parler d'égalité ou inégalité des armes s'il n'y a pas de parties adverses. En l'espèce, il n'y a pas eu égalité des armes, compte tenu des facultés "insolites" (arrêt Delcourt, pp. 16-17, par. 30 in fine) du ministère public en Belgique, conformément à l'article 1109 du code judiciaire (paragraphe 17), d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil.

7. Les droits de la défense exigeaient, comme la majorité le reconnaît au paragraphe 27, que, "dès lors que le parquet avait présenté des conclusions défavorables au requérant", celui-ci eût le droit de discuter ces conclusions avant la clôture des débats. Cette exigence n'est pas infirmée par l'article 772 du code judiciaire qui permet exceptionnellement la réouverture des débats parce qu'en l'espèce, aucune "pièce" ou "fait nouveau" n'avait été découvert. En outre, cet article semble n'avoir jamais été appliqué jusqu'ici devant la Cour de cassation.

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MARTENS

*(Traduction)*

## I. Introduction

1. Dans son arrêt (ci-après "l'arrêt") la Cour a statué contrairement à sa décision dans l'affaire Delcourt. D'après ses propres normes, elle ne pouvait le faire que si elle était convaincue qu'il y avait pour cela des raisons impérieuses<sup>1</sup>. Cette condition s'imposait d'autant plus en l'espèce qu'il s'agissait de déterminer si la procédure devant la juridiction suprême d'un État membre satisfait à l'exigence d'équité consacrée par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention, question délicate à laquelle la Cour avait donné une réponse unanimement affirmative dans l'arrêt Delcourt. En outre, le revirement de la Cour peut se répercuter aussi sur la procédure devant les juridictions suprêmes de plusieurs autres États membres<sup>2</sup>.

2. D'après moi, de tels motifs font défaut. De surcroît, la Cour a négligé de faire ce qu'une juridiction s'écartant d'un arrêt important doit faire: exposer de manière claire et convaincante les considérations justifiant sa démarche.

Je développerai ces deux points et conclurai mon opinion par quelques observations sur un aspect général de la présente espèce qui est pour moi source de préoccupation.

## II. Les articles 1107 et 1109 du code judiciaire belge se concilient-ils avec la Convention?

## a) Remarques introductives

2.1. J'observe tout d'abord, comme la Cour au paragraphe 24 de l'arrêt, que si la législation nationale pertinente a été modifiée, les changements apportés ne sont pas essentiels et étaient déjà connus de la Cour au moment de ses délibérations dans l'affaire Delcourt, où elle les a pris en compte de manière explicite<sup>3</sup>.

2.2. Ensuite, nul ne conteste que la procédure incriminée est en tous points conforme aux articles 1107 et 1109 du code judiciaire belge. Je persiste à penser que, dans un tel cas, la logique et l'honnêteté intellectuelle exigent que l'on s'assure en premier lieu que ces dispositions se concilient avec la Convention<sup>4</sup>.

C'est une question non seulement de logique et d'honnêteté intellectuelle, mais également d'équité envers la Belgique.

L'arrêt Delcourt est une de ces rares décisions où la Cour a examiné la compatibilité de dispositions nationales avec la Convention: elle avait expressément défini ainsi l'objet de son examen, tant au début (par. 27 in

fine) qu'à la fin de l'arrêt (par. 37). D'emblée, la Belgique peut dès lors légitimement escompter qu'une décision prenant le contre-pied de l'arrêt Delcourt fasse de même.

Il y a toutefois une raison plus impérieuse d'être tout à fait explicite sur ce point. En vertu de l'arrêt, la Belgique va devoir changer sa législation et elle peut donc à bon droit s'attendre à ce qu'il la mette en mesure de déterminer si les articles 1107 et 1109 violent en tant que tels l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ou s'ils ne l'enfreignent que dans certains cas. Il en va d'autant plus ainsi que pour la Commission (ainsi qu'il ressort des explications de son délégué), ces dispositions ne heurtent la Convention qu'en matière répressive<sup>5</sup>. Certes, la Cour n'a pas adopté les arguments sur lesquels cette thèse s'appuie. Il n'en reste pas moins qu'au paragraphe 26, elle s'est aussi limitée aux affaires criminelles. J'estime que la Belgique et les autres États membres particulièrement intéressés par l'issue de la présente espèce n'auraient pas dû se voir réduits à des conjectures sur le point de savoir si la nouvelle doctrine de la Cour se limite à de telles affaires.

**b) Les fonctions du parquet de cassation et la manière dont il s'en acquitte**

2.3. La première étape dans l'examen de griefs relatifs à une procédure nationale doit consister à "s'attacher à cerner la réalité"<sup>6</sup>: la Cour ne doit évidemment pas accepter aveuglément la doctrine nationale, mais analyser et évaluer elle-même la procédure. Dès lors, pour déterminer si les articles 1107 et 1109 se concilient avec les exigences d'un procès équitable, au sens du paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1) de la Convention, il faut commencer par examiner la position que le ministère public occupe, du point de vue de la procédure, dans le système belge des pourvois en cassation, ainsi que la manière dont il remplit ses fonctions<sup>7</sup>. Pour ce faire, j'ai soigneusement tenu compte des observations critiques formulées sur ce point à propos de l'arrêt Delcourt.

2.4. Cappelletti, l'un de ses détracteurs les plus virulents, a écrit<sup>8</sup> que "l'ambiguïté du rôle et du statut du ministère public demeure un trait caractéristique de cette institution". D'une certaine manière, il n'a pas tort. Comme il est vrai - jusqu'à un certain point - que "le ministère public est, et a été à travers des siècles d'histoire, une méthode institutionnelle pour garantir que 'l'intérêt public' (...) soit représenté de manière adéquate"<sup>9</sup>. On ne peut guère douter non plus qu'il existe un lien historique entre cette mission du ministère public et les fonctions de ses représentants auprès des cours de cassation en France, en Italie, aux Pays-Bas et en Belgique<sup>10</sup>: ces fonctions tirent manifestement leur origine (ou du moins y sont-elles étroitement liées) de la tâche de "garantir que les tribunaux (inférieurs) appliquent le droit correctement et de manière uniforme" qui jadis incombait au ministère public<sup>11</sup>.

Il faut toutefois se garder de tirer des conclusions hâtives de ces considérations historiques et générales quant aux fonctions actuelles du

parquet de cassation belge. On aurait tort, à mon avis, d'en conclure que parce que le procureur général près la Cour de cassation belge est un membre du ministère public, sa tâche est de "représenter l'intérêt public". Cela n'est vrai que lorsqu'il forme un pourvoi dans l'intérêt de la loi. C'est ce qui ressort d'ailleurs du fait que sa position et la manière dont il assume ses fonctions ne dépendent aucunement du point de savoir si le recours concerne une affaire civile ou une affaire pénale<sup>12</sup>, ni de toute autre caractéristique particulière d'un pourvoi formé par l'une des parties au litige<sup>13</sup>.

Son rôle est - la Cour l'a dit au paragraphe 34 de son arrêt Delcourt - celui d'un auxiliaire et conseiller indépendant et impartial de la Cour de cassation. Nul n'a contesté - et le fait a même été explicitement admis dans le présent arrêt (paragraphe 16, 24 et 26) - que d'un point de vue pratique, il offre les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité que les juges de la Cour de cassation. J'estime le terme "auxiliaire" bien choisi<sup>14</sup>: d'une certaine manière le procureur général est un "membre extraordinaire" de la Cour<sup>15</sup>.

Quant à la façon dont il accomplit sa mission, il diffère à deux égards des membres ordinaires:

1) il exprime son avis en audience publique, avant les délibérations secrètes; il parle après que les parties ont, à l'audience, déclaré maintenir les allégations contenues dans leur mémoire ou (très exceptionnellement<sup>16</sup>) exposé oralement leurs arguments; en d'autres termes, lorsqu'il prend la parole, l'affaire a déjà été entièrement instruite et tous les membres de la Cour ont déjà formé leur jugement (au moins préliminaire);

2) par la suite, il assiste<sup>17</sup> aux délibérations secrètes, à l'instar des membres ordinaires, mais il n'y a pas voix délibérative.

2.5. Comme souvent dans les débats juridiques, il peut être éclairant de s'écarter un peu des faits. Imaginons un système où chaque affaire devant la Cour de cassation serait préparée par l'un des cinq juges appelés à siéger, le juge rapporteur. Supposons en outre qu'il prévoie qu'avant la délibération, ce magistrat émette en audience publique son avis sur l'ensemble des questions, c'est-à-dire les conclusions auxquelles il a abouti après avoir étudié le dossier et entendu les parties. Je pense qu'en pareille hypothèse, il irait de soi que le juge rapporteur ne serait en mesure de faire connaître son avis qu'une fois l'affaire complètement instruite et que, par conséquent, les parties ne seraient pas autorisées à formuler des observations sur son intervention, - ou du moins qu'il aurait "le dernier mot" si cette possibilité leur était réservée. De même, il serait naturel que l'intéressé, dont il faut supposer qu'il aurait une meilleure connaissance du dossier que ses collègues, prît part aux délibérations. Non seulement ces caractéristiques du système envisagé coulent de source, mais il est indubitable selon moi qu'on ne saurait les qualifier d'incompatibles avec les exigences d'un procès équitable. Les observations faites en audience publique par le juge

rapporteur constitueraient dans ces conditions la première phase du processus par lequel la Cour forme son jugement (à laquelle elle aboutit en chambre du conseil), et je ne vois pas pourquoi l'équité demanderait que les parties, qui auraient déjà eu tout le loisir de défendre leur cause, dussent à ce stade être à nouveau entendues: lites finiri oportet.

Je n'aperçois pas davantage pourquoi le juge rapporteur ne pourrait prendre part aux délibérations. En exprimant son avis en audience publique, il s'est sans conteste engagé et a dès lors un intérêt particulier à voir sa vision du droit admise par ses collègues<sup>18</sup>. Certes, les juges des cours suprêmes peuvent aussi avoir leur orgueil, mais ne faut-il pas supposer le juge rapporteur suffisamment entraîné pour surmonter cet écueil lorsqu'il est convaincu que l'opinion formulée en chambre du conseil par ses collègues est plus pertinente que la sienne? Et dans la négative, ceux-ci ne forment-ils pas la majorité?

Il ressort de l'analyse de la position du procureur général et de la manière dont il s'acquitte de ses fonctions, exposée au paragraphe 2.4 ci-dessus, qu'il n'y a pas de différence décisive entre sa situation et celle du juge rapporteur fictif. Par conséquent, les conclusions tirées quant à ce juge imaginaire valent aussi pour le procureur général.

En conclusion, je souscris pleinement à l'analyse et à l'appréciation qui figurent dans l'arrêt Delcourt.

### III. Le raisonnement de la Cour

#### a) Remarques introductives

3.1. Les motifs indiqués par la Cour pour adopter une conclusion différente peuvent pour les présents besoins se diviser en deux parties.

Le deuxième alinéa du paragraphe 24 de l'arrêt contient les "considérations générales" de la Cour. Elle y relève que si l'indépendance et l'impartialité de la Cour de cassation et de son parquet répondent aux exigences de la Convention, il reste à savoir s'il en va de même de la procédure devant cette juridiction. Elle invoque, spécialement en ce qui concerne la notion de procès équitable, "une évolution des plus notables" qui se serait produite depuis (cela est sous-entendu) l'arrêt Delcourt. Et de poursuivre en indiquant les caractéristiques de cette évolution, marquée en particulier par a) "l'importance attribuée aux apparences" et b) "la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice".

Le point de départ des "considérations particulières" se situe au paragraphe 26, où la Cour applique cette notion "évolutive" de procès équitable à la procédure devant la Cour de cassation belge.

Je commenterai d'abord les "considérations générales" de la Cour, pour ensuite faire quelques remarques sur le paragraphe 26.

**b) La sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice**

3.2. A en croire la Cour, il y aurait eu à cet égard, depuis l'arrêt Delcourt, une "évolution de la société" qui justifierait un renversement de jurisprudence<sup>19</sup>. Elle fait ainsi écho à une observation analogue du conseil du requérant à l'audience devant elle. L'intéressé n'a fourni aucun élément précis à l'appui de son argument. La Cour non plus. Elle renvoie simplement à sa jurisprudence (qui sera analysée au paragraphe 3.4); or, c'est en vain que l'on y chercherait une base factuelle pour la prétendue "sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice".

Des allégations aussi générales exigent un fondement solide en fait. Si dans plusieurs États membres les praticiens du droit témoignent sans nul doute d'une conscience accrue des possibilités offertes par la Convention, on ne saurait parler pour autant d'une "évolution de la société" de nature à entraîner - et à justifier - des changements dans la jurisprudence de la Cour!

Pour ma part, je n'aperçois aucun élément spécifique propre à étayer la thèse de la Cour.

Certes, les commentaires consacrés à l'époque à l'arrêt Delcourt contenaient quelques observations critiques, mais elles ne peuvent guère servir d'illustration pour une évolution ultérieure de la société. Il n'y a absolument aucune preuve d'une critique récente, sérieuse et largement répandue au niveau national ou international, de la procédure devant la Cour de cassation belge; ni d'ailleurs - ainsi qu'on aurait pu s'y attendre, eu égard aux informations contenues dans la note 2, s'il y avait réellement eu un accroissement de la sensibilité du public à cet égard - de la procédure devant les cours de cassation française ou néerlandaise<sup>20</sup>.

En conclusion, je dois dire que cette justification pour le revirement opéré n'emporte pas du tout ma conviction.

**c) L'importance attribuée aux apparences**

3.3. Quant à la seconde caractéristique de "l'évolution" perçue par la Cour, je note qu'un arrêt brille par son absence sur la liste figurant au paragraphe 24: l'arrêt Delcourt lui-même. Or, autant que je sache, il est le premier dans lequel la Cour ait parlé des "apparences". Celles-ci ont fait leur entrée dans la jurisprudence dans la foulée de l'adage "justice must not only be done; it must be seen to be done" (paragraphe 31)<sup>21</sup> auquel la Cour s'est alors référée - bien qu'assez timidement - pour la première fois.

Toutes les décisions mentionnées au paragraphe 24 de l'arrêt concernaient la notion d'"impartialité"<sup>22</sup>: presque toutes l'impartialité des juges (ou d'autres membres de tribunaux ou commissions), deux d'entre elles (Bönisch et Brandstetter) l'impartialité d'un expert désigné par un tribunal.

Il m'apparaît que dans cette jurisprudence le terme "apparences" désigne les circonstances extérieures objectives observées par les parties ou le public, ou tout au moins connues d'eux, tandis que l'adage anglais cité à

plusieurs reprises sert de justification à la décision de ne pas considérer comme déterminant le point de savoir si le juge - ou, selon le cas, l'expert - est réellement prévenu. L'idée est que lorsque ces circonstances extérieures sont telles qu'il y a une possibilité que le juge ou l'expert soit prévenu, peu importe de savoir s'il l'est réellement, car tout juge placé dans une telle situation doit se déporter dans l'intérêt de la confiance du public en l'administration de la justice. Le "principe de l'égalité des armes" exige quant à lui que tout expert désigné par un tribunal dans de telles conditions soit considéré comme l'expert ou le témoin d'une partie.

3.4. Il échet de faire dans ce contexte une autre observation. Depuis l'avènement dans l'arrêt Delcourt de la notion d'"apparences" la jurisprudence en a fait, nul ne le conteste, un usage plutôt abondant, mais cela n'autorise pas à dire qu'il y a eu "évolution". Au contraire, une analyse de la jurisprudence montre que le rôle et le poids attribués aux "apparences" sont stationnaires.

Tant dans l'arrêt Delcourt que dans différents arrêts ultérieurs<sup>23</sup>, la Cour a souligné que les apparences peuvent revêtir de l'importance, mais ne jouent pas un rôle décisif<sup>24</sup>, ajoutant que l'élément déterminant consiste à savoir si les craintes de partialité sont "objectivement justifiées". Elle a récemment suivi la même démarche prudente aux paragraphes 40 et 41 de son arrêt Demicoli, ainsi qu'aux paragraphes 44 et 61 de son arrêt Brandstetter.

Celle-ci implique - comme le montre clairement l'arrêt Hauschildt, par exemple - que vaut ici aussi la remarque formulée par la Cour au paragraphe 48 de son arrêt de Jong, Baljet et van den Brink du 22 mai 1984:

"pour se prononcer sur l'existence d'une atteinte aux droits protégés par la Convention, [il faut] s'attacher à cerner la réalité par-delà les apparences"<sup>25</sup>.

Pour déterminer si des craintes de partialité sont objectivement justifiées, il faut se livrer à une étude scrupuleuse de la réalité objective par-delà les apparences. Semblable appréciation inclura fréquemment une mise en balance d'intérêts, car l'enjeu réside souvent non seulement dans la confiance que les tribunaux doivent inspirer, mais aussi dans l'intérêt pour le public de disposer d'une organisation judiciaire rationnelle et fonctionnant sans heurts<sup>26</sup>.

On ne peut guère douter en effet que ce dernier intérêt se trouve à l'origine des termes "objectivement justifié", car c'est lui qui interdit de céder automatiquement devant n'importe quelle appréhension purement subjective du profane. La formule montre qu'avec raison, la Cour n'était pas disposée à se laisser entraîner dans cette voie par la "sensibilité du public".

Dès lors, dans l'affaire Hauschildt (la plupart des membres de) la minorité et la majorité s'accordèrent pour considérer que le simple fait qu'un juge a déjà participé à l'adoption de décisions antérieures ne saurait justifier des craintes quant à son impartialité, même si - ainsi que la Cour l'a

souligné au paragraphe 49 dudit arrêt - "pareille situation peut susciter chez le prévenu des doutes sur l'impartialité du juge. Ils se comprennent, mais on ne saurait pour autant les considérer comme objectivement justifiés dans tous les cas"<sup>27</sup>. La Cour semble laisser entendre que, sinon, cette sorte de sentiment subjectif pourrait trop facilement ébranler les mécanismes judiciaires! On trouve une démarche similaire au paragraphe 44 de l'arrêt Brandstetter.

En conclusion, je dois dire que je trouve aussi très peu convaincante l'affirmation selon laquelle "l'évolution" de la jurisprudence de la Cour quant à l'importance à attribuer aux "apparences" justifie que l'on s'écarte de l'arrêt Delcourt.

**d) La partie "spécifique" du raisonnement de la Cour: les paragraphes 26 et suivants**

3.5. Avant d'aborder la "partie spécifique" du raisonnement de la Cour, je voudrais souligner qu'à mes yeux l'analyse ci-dessus de la jurisprudence relative aux "apparences" montre que la formule "objectivement justifié" implique en principe deux critères: le premier consiste à rechercher si les circonstances sont telles que (non seulement un profane mais également) la Cour ne saurait exclure la possibilité que le juge (ou l'expert) soit prévenu; le second consiste à examiner si néanmoins, dans ce cas particulier, d'autres intérêts publics doivent passer pour plus importants que la confiance que les tribunaux doivent inspirer.

3.6. Ayant lu le paragraphe 24 de l'arrêt, on s'attendrait à ce que, pour répondre à la question de savoir si la procédure devant la Cour de cassation belge remplit les conditions englobées dans la notion de procès équitable, la Cour applique ces deux critères. Or à la lecture du paragraphe 26 (qui constitue manifestement le pivot de cette partie du raisonnement de la Cour), force est de noter que le terme "apparences" brille par son absence. C'est d'autant plus remarquable que la Commission a fondé (principalement, sinon entièrement) sur les "apparences" sa conclusion selon laquelle un accusé est fondé à considérer comme son adversaire un avocat général préconisant le rejet de son pourvoi comme son adversaire (paragraphe 54 du rapport).

3.7. Bien que le terme ne figure pas au paragraphe 26, la formulation de celui-ci, et spécialement de son second alinéa, donne néanmoins à penser que le constat se fonde sur la notion d'"apparences" (laquelle, en fait, affleure au paragraphe 28): "du point de vue" de l'accusé, l'opinion de l'avocat général ne saurait passer pour "neutre", et par conséquent, en recommandant le rejet du pourvoi de l'accusé, le magistrat du ministère public en devient l'adversaire "objectif" (avec pour conséquence l'applicabilité des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes).

Évidemment, la Cour s'est efforcée de faire comprendre qu'elle ne se fondait pas uniquement sur des "doutes" (compréhensibles) que des

conclusions défavorables du parquet "peuvent susciter chez l'accusé", mais qu'après avoir "souplesé" ces "doutes", elle les a trouvés "objectivement justifiés". Les mots "adversaire objectif" ont, je le suppose, été spécialement choisis pour créer cette impression, du fait de leur ressemblance avec l'expression "objectivement justifié" discutée ci-dessus (paragraphe 3.4). Ils visent donc à laisser entendre que non seulement pour un profane, mais aussi pour la Cour elle-même, un avocat général recommandant le rejet du pourvoi de l'accusé doit nécessairement être considéré comme un adversaire de celui-ci. Or cette conclusion serait tout à fait incompréhensible. Premièrement, parce que l'article 141 du code judiciaire (paragraphe 16 de l'arrêt) indique clairement que les membres du parquet ne peuvent être considérés comme parties au pourvoi, au sens ordinaire de cette notion. Deuxièmement, chose plus importante, parce que d'après la jurisprudence actuelle (paragraphe 3.5 ci-dessus), elle impliquerait que la Cour se dit incapable, eu égard à l'opinion de l'avocat général, d'exclure la possibilité qu'il soit prévenu. Or ce serait tout à fait incompatible avec le constat de la Cour selon lequel les magistrats en question satisfont aux exigences d'indépendance et d'impartialité judiciaires et remplissent leurs fonctions avec objectivité (paragraphe 22 et 26 de l'arrêt).

Force m'est dès lors d'inférer de la circonstance que la Cour se borne à donner à penser qu'elle a abouti à cette conclusion, sans avancer le moindre argument, qu'en réalité il existe une simple prétention à l'objectivité, et qu'au fond, elle a bel et bien conféré un caractère décisif à la perception subjective de la réalité juridique par un profane. La référence à la "sensibilité du public" qui figure au paragraphe 24 montre qu'elle en avait bien conscience.

3.8. On ne peut pas dire qu'elle ne fait ainsi qu'appliquer la jurisprudence citée au paragraphe 24 et discutée ci-dessus. On ne saurait davantage considérer qu'elle développe de la sorte plus avant les principes déjà posés dans cette jurisprudence. En aucune manière. Ce dont il s'agit est tout à fait différent, complètement neuf, et très dangereux.

La perception qu'a un profane des institutions et pratiques procédurales ne manque évidemment pas en soi de pertinence mais, sous peine de compromettre la sécurité juridique, on ne peut l'estimer déterminante que dans des circonstances et conditions très particulières.

On peut illustrer cette observation en usant du même procédé que ci-dessus. Imaginons une affaire où les conclusions d'un expert désigné par le tribunal revêtent une importance décisive pour les chances d'acquiescement de l'accusé. Là aussi, ce dernier va probablement considérer l'intéressé comme un adversaire si son rapport lui est défavorable. Mais d'après la jurisprudence de la Cour antérieure au présent arrêt, cette perception d'un profane ne suffit pas pour considérer qu'en vertu du principe de l'égalité des armes, toute personne que la défense pourrait souhaiter appeler, en quelque qualité que ce soit, afin de réfuter l'avis de l'expert, doit être interrogée dans

les mêmes conditions que celui-ci! Selon cette jurisprudence, le principe de l'égalité des armes n'entre en jeu dans un tel cas que si les circonstances de l'affaire sont de nature à susciter chez le prévenu des craintes quant à la neutralité de l'expert et si la Cour estime ces craintes "objectivement justifiées" (au sens que j'ai indiqué ci-dessus au paragraphe 3.4)!

3.9. Comme je l'ai expliqué au paragraphe 3.4, d'après la jurisprudence de la Cour telle qu'elle se présentait jusqu'ici, même le sentiment du profane que, dans les circonstances de l'espèce, il existe une possibilité, voire une probabilité, de prévention du juge ou de l'expert, n'est jamais décisif. Cette impression doit être "soupesée" et, de surcroît, mise en balance avec d'autres intérêts. Les considérations qui ont inspiré cette jurisprudence commandent de traiter de la même façon le sentiment du profane qu'un auxiliaire et conseiller parfaitement neutre de la Cour de cassation devient son adversaire s'il se prononce, en toute objectivité, pour le rejet de son pourvoi.

J'ai déjà expliqué au paragraphe 3.8 pourquoi je suis obligé de conclure qu'en l'espèce, la Cour n'a pas conféré le poids qu'il fallait aux perceptions de l'accusé. Dans ce contexte, je note qu'on ne trouve aucune trace d'une quelconque mise en balance d'intérêts. Or il y avait, selon moi, d'autres éléments pertinents à prendre en considération. J'en citerai seulement deux.

Premièrement, le fait que devant la Cour de cassation belge, les accusés sont en général assistés par un avocat (spécialisé) qui a, bien sûr, parfaitement conscience de la situation réelle et qui est sans conteste en mesure de détromper les rares clients<sup>28</sup> gagnés par l'idée qu'ayant conclu au rejet de leur pourvoi, l'avocat général est devenu leur adversaire.

Deuxièmement, l'intérêt public à une organisation judiciaire rationnelle et fonctionnant sans heurts. Le meilleur juge de la question de savoir si semblable intérêt se trouve en jeu est, sans nul doute, le législateur belge qui, la Cour le mentionne en passant (paragraphe 26 in pr.), a montré "à diverses reprises" ces dernières années qu'à ses yeux les articles 1107 et 1109 servent effectivement pareil intérêt<sup>29</sup>.

3.10. Ces considérations justifient mes remarques de la section 1 ci-dessus: la Cour a omis d'indiquer clairement et de manière convaincante pourquoi elle s'écartait de l'arrêt Delcourt.

#### IV. Témoigner d'une certaine retenue quand des dispositions procédurales nationales sont en jeu?

4.1. Les observations qui précèdent expliquent amplement mon vote. L'affaire présente cependant un aspect plus général qui, bien qu'assez délicat, mérite d'être discuté séparément.

Juger que la procédure même (en matière répressive) devant la plus haute juridiction de l'un des États membres est "inéquitable" ou (pour adopter une formulation moins abrupte) viole les exigences d'un procès équitable, au

sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), ce n'est pas rien, à mon sens, pour une juridiction internationale. Or on ne trouve dans l'arrêt de la Cour aucune trace de réflexion sur le point de savoir si cet aspect particulier de l'affaire appelait de sa part une certaine forme de retenue. On peut cependant émettre quelques remarques.

4.2. Je commencerai par dire que, d'une part, la Convention ne vise pas à uniformiser le droit mais énonce des directives et des normes qui, comme telles, supposent une certaine liberté des États membres. D'autre part, son préambule semble inviter la Cour à développer des normes communes. Ces tendances contradictoires créent une certaine tension qui commande à la Cour d'agir avec prudence et de veiller à éviter les ingérences dénuées de justification convaincante.

4.3. Un motif supplémentaire de précaution réside dans le fait que les décisions de la Cour peuvent avoir pour d'autres systèmes juridiques nationaux que celui de l'État défendeur des conséquences très sensibles<sup>30</sup> dont la Cour n'a pas toujours conscience et qu'en tout cas, souvent, elle ne peut apprécier à leur juste mesure.

4.4. Enfin, c'est la notion même de "procès équitable" qu'il faut manier avec prudence.

Tout d'abord, vu son imprécision, son caractère "ouvert", elle demande à être "complétée", et c'est ce qui se passe progressivement, à mesure que la jurisprudence définit des règles plus précises. La Cour a cependant tendance à toujours juger *in concreto*, en tenant compte des circonstances de chaque cause. Dès lors, enrichir la notion vague de "procès équitable" ne va pas sans risques: les règles qui se dégagent d'une telle jurisprudence développent une dynamique propre, une tendance à engendrer de nouvelles règles spécifiques, lesquelles peuvent étendre à l'excès une notion qui, après tout, renvoie à des principes de procédure très élémentaires.

Tant qu'elle n'aura pas élaboré une vision analytique plus compréhensive de la notion de "procès équitable", la Cour doit être consciente de ces dangers.

4.5. La prudence se recommande d'autant plus en la matière que la Cour se trouve doublement confrontée avec divers systèmes de procédure: ses membres sont issus de traditions procédurales différentes, et celles de l'État défendeur rejaillissent sur les questions se posant au regard de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Ceux à qui une institution donnée est complètement étrangère peuvent être plus facilement enclins à la juger incompatible avec les exigences d'un "procès équitable" que ceux à qui elle est familière. Le risque existe que les premiers soient plus prompts à considérer comme un problème touchant à la notion de procès équitable - c'est-à-dire relatif à des principes de base - ce qui pour les seconds est simplement une question d'opportunité procédurale (au sujet de laquelle les spécialistes du droit processuel peuvent diverger) n'ayant rien à voir avec le concept de "procès équitable".

4.6. Ces dangers, et plus spécialement le dernier cité, requièrent d'autant plus de précaution que le constat selon lequel une procédure nationale viole les exigences d'un "procès équitable" est sévère. Voilà évidemment pourquoi il doit être plausible et se fonder sur des motifs convaincants même pour ceux qui connaissent bien les traditions procédurales de l'État défendeur. C'est indispensable pour la crédibilité de la Cour et l'acceptabilité de sa décision dans les États concernés.

Cela m'amène à conclure par la remarque suivante. Le pourvoi en cassation et l'institution du procureur général près la Cour de cassation me sont tous deux familiers. A mes yeux, la variante belge - et, à un moindre degré, la variante française - de ce système est malheureuse, car il ne porte tous ses fruits<sup>31</sup> que si le procureur général et la Cour de cassation gardent strictement leurs distances: cela leur donne une plus grande liberté, au premier pour proposer de nouvelles solutions, et, s'il l'estime approprié, pour critiquer la jurisprudence, à la seconde pour marquer son désaccord. Mais il s'agit là de considérations d'opportunité procédurale. Je ne puis m'empêcher de trouver disproportionné de juger que la variante belge viole les principes essentiels d'un procès équitable, au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention.

#### NOTES

1 Voir le paragraphe 35 de son arrêt Cossey du 27 septembre 1990, série A n° 184.

2 Dans son mémoire en l'affaire Delcourt (série B n° 9, p. 134), la Commission a dit que l'issue de l'affaire "ne manquera[it] pas d'avoir une incidence sur la conduite de procédures ultérieures devant la Cour de cassation belge, voire dans d'autres États qui connaissent une procédure analogue" (c'est moi qui ai mis l'expression en italique). Voir, dans le même sens, le président de la Commission lors de l'audience devant la Cour: série B, p. 157.

Au paragraphe 30 de son arrêt dans ladite affaire, la Cour nota pourtant que "sur ce dernier point" (c'est-à-dire le fait que le procureur général se retire avec les magistrats du siège afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil), la législation belge

"ne semble pas avoir aujourd'hui d'équivalent dans les autres États membres du Conseil de l'Europe, du moins en matière pénale".

Cette remarque donne à penser que l'issue de l'affaire concernait uniquement la Belgique; or, ainsi que l'a déjà relevé Nadelmann, AJIL 1972, n° 66, pp. 509/510 et 516 et suiv., elle n'était pas entièrement exacte. Voir également M. Cappelletti et J.A. Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation* (Milan, 1975), p. 31 et note 54.

Dans le système français - tel qu'il a récemment été décrit par Boré dans *La cassation en matière civile* (Cc) (1980) et *La cassation en matière pénale* (Cp) (1985) - le procureur général assiste également au délibéré. On nous dit certes qu'il n'y participe pas (Boré, Cc, n° 2844, et Boré, Cp, n° 871), mais cela ne change rien quant aux apparences. De surcroît, en matière civile, il est d'usage que le président de la chambre discute de chaque affaire inscrite au rôle dans le cadre d'une conférence qui se tient dans son bureau et qui, outre lui-même, réunit le membre le plus ancien de la chambre et l'avocat général (Boré, Cc, n° 2835; voir aussi le n° 2831). En matière pénale, le dossier, le rapport et le projet d'arrêt préparés par le juge rapporteur sont envoyés au procureur général avant l'audience publique (Boré, Cp, n° 846).

Il échet de noter que sur ce dernier point, la pratique belge semble la même qu'en France: voir J. Matthijs, *Openbaar Ministerie* (1983), par. 263; voir également l'affaire *Delcourt*, loc. cit., série B n° 9, p. 214; en matière civile, voir le paragraphe 5 de la décision Kaufmann de la Commission (note 5 ci-dessous).

En Italie, alors que l'article 537 du code de procédure pénale ne prévoit pas semblable participation en matière civile, aux termes de l'article 194 du *Codice di procedura civile* le pubblico ministero près la Cour de cassation prenait part au délibéré mais n'y avait pas voix délibérative. Voir M. Cappelletti et J.M. Perillo, *Civil Procedure in Italy* (1965), p. 281. Voir également Nadelmann, op. cit., p. 520, sur la genèse de l'article 194 et sur un arrêt de la Cour de cassation italienne du 4 octobre 1969 barrant le chemin à une attaque contre cette disposition devant la Cour constitutionnelle. Voir pour une critique de cette décision (et de l'arrêt *Delcourt*) M. Cappelletti et D. Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (1973), pp. 551 et suiv. Dans un arrêt du 14 janvier 1974, la Cour constitutionnelle a jugé l'article 380 inconstitutionnel (voir M. Chiavario, *Riv. Dir. Int.* 1974, n° 57, p. 480, note 91, et M. Cappelletti et J.A. Jolowicz, op. cit., p. 31, note 54).

Aux Pays-Bas, la participation du procureur général à la procédure devant la Cour de cassation prend fin avec ses conclusions, qu'il présente sans s'être concerté auparavant avec les juges et sans connaître leur opinion; il n'assiste pas au délibéré; à d'autres égards toutefois, sa position se rapproche de celle de son homologue belge; il parle en dernier à l'audience (articles 328 du code de procédure civile et 440 du code de procédure pénale) même si, en matière civile, les parties sont autorisées à soumettre des "notes simples" attirant l'attention sur des "erreurs évidentes au sujet desquelles il ne peut raisonnablement y avoir de discussion" (HR 30 octobre 1987, NJ 1987, p. 153). Au cours du siècle dernier, la possibilité pour les parties de répondre aux conclusions du procureur général fut souvent critiquée (voir, par exemple, l'éditorial du *Weekblad van het regt* n° 238 (30 novembre 1841) et M. J. de Wal, *Het regt van't laatste woord in cassatie*

(1869)), mais lors de l'adoption du code de procédure pénale actuel (1921) on justifia explicitement l'article 440 en soulignant la position spéciale du procureur général près la Cour de cassation. Cette explication fut sévèrement combattue dans le manuel qui faisait autorité à l'époque (voir A.J. Blok et L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche Strafproces* (1925), tome II, pp. 445 et suiv.; les auteurs utilisaient des arguments fort semblables à ceux de la majorité dans le présent arrêt), mais cette improbation ne fut pas reprise par d'autres auteurs par la suite.

Elle fut toutefois réitérée dans la requête n° 3692/68, mais rejetée par la Commission qui, dans sa décision du 5 février 1979 (*Annuaire* 1970, vol. XIII, pp. 516 et suiv.), se fonda sur l'arrêt Delcourt.

En citant les éléments ci-dessus, j'ai voulu a) montrer que le système belge n'est pas aussi "insolite" que l'ont laissé entendre la Cour au paragraphe 30 de son arrêt Delcourt et la Commission au paragraphe 53 de son rapport dans la présente affaire et b) indiquer qu'un revirement de jurisprudence peut avoir des conséquences pour la procédure devant les cours de cassation française et néerlandaise.

3 Voir l'arrêt Delcourt précité, pp. 10-12, 16-17 et 19, paras. 19, 30 et 36 respectivement.

4 Voir le paragraphe 7 de mon opinion dissidente dans l'affaire Brogan, série A n° 145-B, p. 50. Si - comme je pense qu'on le doit en l'espèce - on répond par l'affirmative à cette première question, la tâche de contrôle est terminée. Aussi ne suivrai-je pas l'exemple de la Cour et n'examinerai-je pas la cause du requérant en particulier.

5 Aussi le délégué a-t-il soutenu que l'avis de la Commission en l'espèce se concilie avec celui qu'elle a formulé dans sa décision du 9 décembre 1986 sur la requête introduite par J. et R. Kaufmann contre la Belgique (requête n° 10938/84, D. R. 50, pp. 98 et suiv.), où la Commission avait encore suivi l'arrêt Delcourt.

6 Voir le paragraphe 3.4 ci-dessous.

7 Voir aussi le paragraphe 3.4 ci-dessous; la Cour a notamment suivi cette méthode au paragraphe 31 de l'arrêt Bönisch du 6 mai 1985 et au paragraphe 42 de l'arrêt Brandstetter, tous deux cités par elle.

8 Voir M. Cappelletti et J.A. Jolowicz, *op. cit.* (note 2), p. 34.

9 *Ibidem*, p. 20.

10 M. R. Hayoit de Termicourt, dans ses *Propos sur le Ministère Public* tenus le 15 septembre 1935 lors d'une session solennelle de la cour d'appel de Bruxelles, a néanmoins justement souligné que pour comprendre la position du ministère public en Belgique, il faut également tenir compte de traditions historiques locales qui, assez souvent, diffèrent de celles que l'on connaît en France. Dans le contexte qui nous occupe, il est intéressant de noter que l'éminent procureur général nous révèle à la page 9 de son discours que, dans les provinces qui constituent actuellement la Belgique, les prédécesseurs des membres actuels du ministère public étaient

généralement en même temps membres de la juridiction dans le ressort de laquelle ils exerçaient leurs autres fonctions!

11 M. Cappelletti et J.A. Jolowicz, *op. cit.*, p. 30.

12 Au paragraphe 33 de son arrêt Delcourt, la Cour a relevé que le ministère public de cassation joue au civil un rôle "voisin" de celui qui lui incombe au criminel; j'estime que dans les deux cas il exerce, en ce qui concerne les questions présentement examinées, des fonctions identiques.

13 L'article 1109 prévoit une exception explicite pour les cas où le ministère public s'est lui-même pourvu en cassation; dès lors, ce dont nous discutons ici se limite aux pourvois introduits par l'une des parties; il convient de toujours avoir présente à l'esprit cette précision.

14 Je suis en désaccord sur ce point avec J. Velu qui, dans son étude de l'arrêt Delcourt (note 21), qualifie le terme de "pas très heureux" (pp. 61-62) sans toutefois livrer les raisons de cette critique. Voir également J.E. Krings, *Le rôle du ministère public dans le procès civil (Rapports belges au IXe Congrès international de droit comparé, Téhéran 1974)*, p. 142, où l'auteur affirme que la définition de la Cour selon laquelle le ministère public de la Cour de cassation "exerce une fonction parajudiciaire" reflète exactement la situation existant à la Cour de cassation belge. Voir également M. Cappelletti et J.A. Jolowicz, *op. cit.* (note 3), p. 31, note 54, où les auteurs se rallient à la description donnée par la Cour.

15 Il y a une différence entre les juges et le procureur général quant aux procédures suivies pour leurs désignations respectives; il peut également y en avoir une quant aux corps au sein desquels ils sont recrutés; les membres de la Cour de cassation sont traditionnellement choisis parmi les juges (des cours d'appel) et eux seuls; voir J. Rutsaert et A. Meeus in P. Bellet, A. Tunc et A. Touffait, *La Cour judiciaire suprême* (1978), p. 254.

16 Voir J. Rutsaert et A. Meeus, *op. cit.* (note 22), p. 263; on y trouve aussi d'autres éléments concernant la procédure devant la Cour de cassation belge, que ce soit en matière civile ou en matière pénale.

17 Tant l'article 39 de l'arrêté de 1815 que l'article 1109 du code judiciaire confèrent le droit "d'assister à la délibération"; aussi J. Velu, *op. cit.*, p. 20, note 21, souligne-t-il que dans ce contexte il faut utiliser ce terme.

18 Tel était l'argument principal de Nadelmann (voir note 2), dont on trouve un écho au paragraphe 29 de l'arrêt de la Cour.

19 Voir à nouveau le paragraphe 35 de l'arrêt Cossey (note 1).

20 Comme c'était le cas, par exemple, dans l'affaire Kostovski (paragraphe 33 et 34 de l'arrêt de la Cour du 20 novembre 1989, série A n° 166).

21 La Cour a dit que si l'on se réfère à l'adage cité ci-dessus on peut "douter que le système litigieux soit très heureux". Plusieurs auteurs ont trouvé scandaleux que la Cour se permette cette censure d'un système qu'elle jugeait compatible avec la Convention. Voir par exemple Chr.

Daubie, *Annales de droit* (Louvain) (1974), p. 56; J. Velu, *L'affaire Delcourt* (1972), p. 63. D'après moi, ils n'ont pas compris la méthode de mise en balance des intérêts adoptée dans l'arrêt Delcourt.

22 Je n'ignore pas que certaines de ces décisions parlent d'"indépendance" plutôt que d'"impartialité"; je pense cependant que quiconque prend la peine de comparer soigneusement la formulation utilisée dans la série d'affaires énumérée au paragraphe 42 de l'arrêt Huber conviendra qu'aujourd'hui la Cour incline à traiter comme un problème d'impartialité ce qu'elle qualifiait auparavant de question d'indépendance; mais la démarche et les critères employés demeurent les mêmes. Je m'estime donc fondé à parler uniquement d'impartialité.

23 Par exemple Piersack, par. 39; Sramek, par. 42; De Cubber, par. 26.

24 C'est moi qui ai mis l'expression en italique. Dans ce contexte, je relève qu'à en croire Lord Denning, *The Discipline of the Law* (1979), p. 86, l'adage émane de Lord Hewart CJ, et son texte exact est le suivant:

"It is not merely of some importance, but it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done."

Est-ce par accident que dans l'arrêt Delcourt, la Cour, présidée par le juge britannique, Sir Humphrey Waldock, a choisi d'utiliser une forme nettement atténuée de l'adage et a depuis lors toujours utilisé cette version plutôt que l'originale?

25 Série A n° 77, p. 23, par. 48.

26 La Cour fédérale constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht) se réfère habituellement à la "nécessité de maintenir une administration de la justice efficace" ("Postulat der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen, wirksamen Rechtspflege"); voir par exemple BVerfGE 38, 115-118, où elle infère cette exigence de la règle de la prééminence du droit et de l'idée de justice qu'elle implique: la justice ne peut être rendue que lorsque l'administration de la justice est en mesure de fonctionner de manière efficace.

27 Pour d'autres exemples de telles appréciations, voir les paragraphes 30, alinéa b), de l'arrêt Piersack, et 81 in fine de l'arrêt Campbell et Fell.

28 "les rares clients": il ne faut pas oublier que, comme le Gouvernement l'a allégué sans être contredit, l'accusé, en règle générale, n'assiste pas à l'audience devant la Cour de cassation.

29 L'enjeu principal est l'intérêt d'avoir un ministère public capable de fonctionner comme conseiller de la Cour lorsque celle-ci délibère en chambre. On ne saurait exclure que le poids spécifique de cet intérêt soit aussi déterminé par les différences dans le recrutement: on pourrait supposer que celles-ci conditionnent parfois les réflexes professionnels et favorisent donc une autre approche des affaires, le ministère public apportant ainsi une contribution spécifique précieuse au travail de la Cour.

30 Conséquences qui peuvent affecter l'organisation du système judiciaire et créer, par là même, des charges budgétaires considérables pour les États membres concernés.

31 Je suis fermement convaincu de ces avantages. A tel point même que je vais répéter ici ce que j'ai dit ailleurs: on devrait adjoindre à la Cour européenne des Droits de l'Homme un ministère public!

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE STORME

1. Tout en étant un farouche défenseur du respect absolu des droits de la défense ainsi que du principe de la "Waffengleichheit", il ne m'a pas été possible de me rallier à la décision majoritaire de la Cour et ceci pour plusieurs raisons.

J'oserais même y ajouter, pour autant que ce style personnel - qui nous vient des juges anglais - soit admis par la Cour européenne des Droits de l'Homme, qu'une vie professionnelle de près de quarante ans de barreau m'a inculqué que c'est le ministère public qui est le principal adversaire de l'avocat.

Le problème réside toutefois dans le fait, et c'est là "the heart of the matter", que le ministère public d'une part, et le parquet général près la Cour de cassation d'autre part, sont deux corps complètement différents. Le législateur belge aurait dû, ce qu'il a essayé en vain, employer une terminologie formellement distincte en même temps qu'adaptée aux fonctions essentiellement différentes du ministère public près les cours et tribunaux et du parquet général près la Cour de cassation.

La raison principale de mon opinion dissidente réside dans le fait qu'une analyse détaillée et scrupuleuse de la cause ne me permet pas de comprendre pourquoi l'affaire Borgers serait jugée autrement que l'affaire Delcourt: les griefs sont identiques; la législation et la pratique judiciaires en Belgique sont les mêmes; les faits de la cause sont les mêmes. Les deux affaires sont toutefois complètement distinctes, et j'y reviendrai en examinant cette affaire sous l'angle de l'apparence, quant à la personne des requérants: d'une part M. Delcourt, citoyen belge, comparissant devant la Cour de cassation sans avocat; d'autre part M. Borgers, avocat, magistrat suppléant, assisté devant la Cour de cassation par Me L. De Gryse, bâtonnier actuel de l'ordre des avocats près la Cour de cassation, qui à deux reprises a introduit un recours en cassation en ne se prévalant de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention qu'après la deuxième procédure rejetant son recours.

### I. Rappel des principes généraux concernant le rôle et la tâche du ministère public près la Cour de cassation de Belgique

2. Ces principes généraux ont été mis en lumière excellemment et de façon très approfondie lors des débats dans l'affaire Delcourt (Cour eur. D. H., série B n° 9, 1969-1970, pp. 156-247). Il est hors de doute que ces principes fondamentaux n'ont subi aucune modification substantielle depuis l'introduction en Belgique du nouveau code judiciaire (1967-1970) (arrêt Delcourt, précité, pp. 10-12, par. 19; voir le présent arrêt, particulièrement au paragraphe 24).

Dès lors, il suffit de rappeler, en résumé, quelques éléments essentiels.

3. La Cour de cassation ne juge pas, c'est-à-dire ne tranche pas les prétentions des parties; elle ne contrôle pour ainsi dire que le juge inférieur, qui a jugé le fond de l'affaire. C'est cette dernière décision qui est soumise à la Cour de cassation, laquelle doit examiner si ce juge a appliqué ou interprété correctement le droit matériel, le droit procédural ou les principes formels généraux du droit.

La Cour, ni a fortiori son parquet général ne s'immiscent dans les droits des parties mais se limitent à l'analyse de la décision a quo. Ceci vaut également en matière pénale, puisque le procureur général près la Cour de cassation n'exerce pas l'action publique (article 141 du code judiciaire). Même le ministère public près les cours et tribunaux inférieurs, qui a introduit un recours en cassation, ou contre lequel ce recours a été introduit, ne présente jamais devant la Cour de cassation un mémoire additionnel ou en réponse (voir le paragraphe 12 du présent arrêt).

4. De toute manière, le parquet général près la Cour de cassation ne peut être considéré comme partie (arrêt Delcourt, précité, par. 29), mais plutôt comme onpartijdig adviseur (= conseiller impartial: Me Faurès, plaidoirie en cause Delcourt, Cour eur. D. H., série B n° 9, 1969-1970, p. 223); le terme "conseiller de la Cour" utilisé dans le présent arrêt (paragraphe 23; comp. arrêt Delcourt, précité, par. 34: "auxiliaire et conseiller de la Cour") peut prêter à confusion. Quant à moi, je préfère l'appellation "amicus curiae".

Le procureur général près la Cour de cassation est en effet plutôt le garant de la cohérence de la jurisprudence de la Cour. Le parquet général formant un corps unique et permanent, qui se réunit régulièrement, a la possibilité d'attirer l'attention de la Cour sur les possibilités de divergences entre les différentes chambres et sections (néerlandophone - francophone), ainsi que sur les risques qui résulteraient des modifications de motivation d'une même solution. C'est le parquet général qui remplit par excellence le rôle du maintien de l'unité de la jurisprudence belge, surtout dans un pays où les différences d'ordre culturel, politique, socio- économique, idéologique ou linguistique pourraient altérer une législation nationale et uniforme.

5. Au sujet de la procédure, tant civile que pénale, il importe de rappeler les principes du code judiciaire belge.

Le code judiciaire belge de 1967 dispose en son article 2: "Les règles énoncées dans le présent code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code."

Cela signifie que les articles du code judiciaire sont en principe d'application à toutes les procédures (civile, pénale, administrative...).

L'article 772 du code judiciaire est rédigé comme suit: "Si, durant le délibéré, une pièce ou un fait nouveau et capital sont découverts par une

partie comparante, celle-ci peut, tant que le jugement n'a été prononcé, demander la réouverture des débats."

Cet article est applicable à la procédure en cassation, non seulement en vertu de l'article 2 précité, mais également en vertu de l'article 1042 du code judiciaire, aux termes duquel: "Pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par les dispositions du présent livre, les règles relatives à l'instance sont applicables aux voies de recours". Les règles relatives à l'instance sont les articles 700 à 1041, c'est-à-dire le Livre II du code judiciaire, intitulé L'Instance, parmi lesquels figure l'article 772.

L'article 1107 du code judiciaire contient en son alinéa 2 une règle d'ordre pratique ("(...) aucune note ne sera reçue (...)") qui n'exclut nullement l'application de l'article 772 précité.

Dès lors il est hors de doute que tout fait nouveau permet à n'importe quelle partie de demander la réouverture des débats, même en cassation, et ce conformément aux articles 2 et 772 précités du code judiciaire.

Dès à présent il est clair que le grief tiré du fait de n'avoir pu répondre aux conclusions de l'avocat général (cet arrêt, paragraphe 27) manque de tout fondement. En vertu de l'article 772 du code judiciaire, M. Borgers aurait pu demander de soumettre à la Cour une réponse auxdites conclusions.

6. Il me semble inutile d'examiner la discipline judiciaire belge, puisqu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'une affaire disciplinaire, mais bien d'une affaire purement pénale.

Toutefois, il importe d'attirer l'attention sur le fait que l'unité organique et disciplinaire du ministère public, à laquelle cet arrêt fait allusion (présent arrêt, paragraphes 22-26), n'existe pas. Ce n'est qu'en matière disciplinaire qu'il existe une unité organique. Juger dès lors que le magistrat du ministère public (présent arrêt, paragraphe 26) pourrait devenir l'adversaire objectif de l'accusé (paragraphe 26), me semble être en contradiction avec les principes généraux de la procédure pénale devant la Cour de cassation.

## II. Violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)

### A. Exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes

7. La majorité de la Cour fait état des principes du droit de la défense et de l'égalité des armes, éléments de la notion plus large du procès équitable. Elle fait référence à ce sujet entre autres à l'arrêt Ekbatani, mais semble oublier que déjà l'arrêt Delcourt faisait état de cette notion plus large de procès équitable (arrêt Delcourt, par. 28).

De même, dans la présente affaire, l'approche de la Cour ne diffère pas de celle adoptée dans l'affaire Delcourt.

8. Le point de départ du raisonnement de la Cour a trait à l'opinion du parquet général.

Cette opinion ne saurait être neutre du point de vue des parties (présent arrêt, paragraphe 26). Pourtant elle l'est, puisque cette opinion du parquet général ne concerne que l'application et/ou l'interprétation de la loi (matérielle ou procédurale) par le juge dont la décision a quo a été soumise au contrôle de la Cour de cassation.

Le parquet général près la Cour de cassation - qui, en réalité, n'est pas un vrai ministère public - ne peut en rien devenir l'allié ou l'adversaire objectif (voir pourtant le présent arrêt, paragraphe 26).

Enfin, il n'est que l'*amicus curiae*, le conseiller objectif de la Cour de cassation. N'oublions d'ailleurs pas que le règlement de la procédure devant cette Cour européenne fait implicitement référence à l'institut de l'*amicus curiae* (article 37 par. 2 du règlement de la Cour).

En donnant un avis, le procureur général près la Cour de cassation belge ne peut devenir un adversaire. L'essentiel est que cet avis soit objectif et impartial, comme ce fut toujours le cas, comme l'a souligné la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Delcourt* (paras. 32-38) et à différentes reprises aussi dans le présent arrêt (paragraphe 24, 26 et 28).

La décision de la Cour européenne me semble reposer sur une interprétation erronée de la notion d'avis. L'expert qui donne tort à une partie est-il devenu l'adversaire objectif de cette partie? Que faut-il penser des systèmes judiciaires - tels que celui de la Belgique - où des tribunaux sont composés de juges sociaux, qui sont nommés sur proposition des organisations syndicales et patronales en raison de leur qualification et qui décident, au lieu de donner uniquement un avis?

Enfin il me semble contradictoire de dire, d'une part, que l'on ne doute pas de l'impartialité et de l'indépendance du parquet général (présent arrêt, paragraphe 24) et de décider, de l'autre, que celui-ci est l'adversaire objectif de l'accusé (présent arrêt, paragraphe 26).

9. Les exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes n'auraient pas été respectées lors de l'examen de la cause *Borgers* par la Cour de cassation. Cette violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) serait basée sur deux procédures applicables en cassation: les conclusions du parquet général et la participation au délibéré.

### *1. Les conclusions*

J'ose rappeler que, conformément au principe général édicté par l'article 772 du code judiciaire (voir plus haut, n° 5), l'accusé était autorisé à demander un droit de réponse par le biais de la réouverture des débats.

Par ailleurs, si le parquet général devait communiquer ses conclusions à l'avance, cela aboutirait finalement à un débat entre lui et l'accusé. Paradoxalement, c'est à ce moment même que le procureur général deviendrait vraiment l'adversaire de l'accusé.

Enfin, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une restriction du droit de la défense. L'avis du procureur général est en effet une véritable conclusion: cette dernière résume et conclut le débat judiciaire.

## *2. Participation au délibéré*

Il importe de rappeler que la présence du parquet général au délibéré est une tradition vieille de près de deux siècles, qui ne peut nuire à l'accusé, puisque le parquet général ne requiert pas, comme ministère public, mais conclut ou donne un avis en droit.

Dans les cas exceptionnels où il requiert, il n'assiste pas au délibéré (article 1109 du code judiciaire).

Dès lors, il semble incohérent, voir contradictoire, de constater, comme le fait l'arrêt, que le parquet général prête son assistance en toute objectivité (paragraphe 28), mais que l'apparence ("sembler disposer") suffit pour constater une violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

La justification de l'assistance au délibéré, donnée par M. le procureur général Hayoit de Termicourt lors de la discussion du projet de code judiciaire au Sénat belge, confirmée d'ailleurs par l'arrêt Delcourt, reste toujours valable: "Le rôle du ministère public au cours de la délibération n'est pas de provoquer une décision de rejet là où la Cour entendrait accueillir un pourvoi ou inversement. L'assistance du ministère public concerne essentiellement la motivation de la décision. Les termes des arrêts de la Cour doivent être soigneusement choisis. C'est que la plupart des arrêts de la Cour contiennent généralement l'énonciation d'une règle dont le champ d'application déborde le cas d'espèce. Signaler à la Cour les conséquences que pourrait avoir, dans d'autres domaines, l'expression que le texte de l'arrêt envisagé donne à la règle, ou encore les difficultés d'interprétation que cette expression pourrait soulever, ou enfin la discordance entre cette expression et celle qui est contenue dans d'autres arrêts énonçant la même règle, telle est la mission du ministère public près la Cour pendant la délibération.

D'autre part, le ministère public, pendant le délibéré, est particulièrement à même de prêter à cet égard assistance aux membres de la chambre saisie d'un pourvoi, chacun des membres du ministère public siégeant aux deux chambres. Ces considérations paraissent d'autant plus devoir retenir l'attention que le projet du code judiciaire prévoit la création, au sein de la Cour, d'une troisième chambre, ce qui accroîtra la difficulté de maintenir l'harmonie dans la jurisprudence de la Cour." (Cour eur. D. H., série B n° 9, affaire Delcourt, p. 123.)

Avec l'arrêt Delcourt, j'ose dire qu'il faut regarder au-delà des apparences (arrêt Delcourt, précité, paras. 30 in fine et 31).

Ainsi nous en arrivons aux apparences, qui vraisemblablement ont joué un rôle sinon décisif, du moins prépondérant dans la genèse de la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Borgers.

## B. Apparences

10. Il est clair que la majorité de la Cour a décidé sous l'influence de l'importance attribuée aux apparences (présent arrêt, paragraphes 24 et 29). Pourtant, après lecture attentive des arrêts auxquels il est fait allusion (présent arrêt, paragraphe 24), force est de constater que l'apparence doit être objectivement justifiée et que l'apparence est une notion contextuelle, c'est-à-dire qu'elle varie suivant les circonstances de la cause (arrêt Hauschildt du 24 mai 1989, paras. 48 in fine et 49 in fine).

Dans l'affaire qui nous occupe, l'apparence invoquée n'est pas justifiée, puisque la Cour elle-même souligne à différentes reprises l'impartialité, l'indépendance et l'objectivité du parquet général (présent arrêt, paragraphes 24, 26 et 28). On peut donc répéter ce qui a été souligné dans l'arrêt Hauschildt précité: "L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées" (arrêt Hauschildt, par. 48 in fine).

Les circonstances de la cause, et plus particulièrement les qualités du requérant, déjà rappelées plus haut (voir n° 1 ci-dessus), ne permettent pas de conclure à une apparence justifiée dans le chef du requérant.

11. En revanche, je crois qu'il est beaucoup plus important de creuser davantage la notion d'apparence en droit (judiciaire). Dans le Vocabulaire juridique de G. Cornu (Paris, 1987), je lis: "théorie de l'apparence: théorie prétorienne en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité (ex. les contrats conclus par un mandataire apparent obligent la personne que celui-ci paraissait représenter). Acte apparent: acte ostensible et mensonger, dit encore acte simulé, que ses acteurs font seul apparaître (ex. vente fictive) pour cacher l'acte véritable qu'ils ont conclu (donation) nommé acte secret, dissimulé, occulte" (pp. 55-56).

La théorie de l'apparence en droit matériel sert à sanctionner celui qui attribue des qualités à certaines choses, dont il sait ou devrait savoir qu'elles ne les ont pas. Dès lors, en droit judiciaire, l'apparence signifierait que l'on ferait croire à un juge impartial, alors qu'en réalité il ne l'est pas du tout.

En l'occurrence, la Cour européenne veut appliquer la théorie de l'apparence en sens inverse. En effet, elle attribue des défauts apparents à un système judiciaire, dont elle sait pertinemment bien et dont elle dit explicitement que ces défauts n'existent pas en réalité. L'analyse plus approfondie de la situation réelle conduit au contraire à constater que la situation juridique à laquelle croyait l'observateur n'existe pas.

L'application erronée de la théorie de l'apparence me fait penser à l'application extrême de l'adversarial system dans la plupart des pays du common law. Permettre au juge de diriger les débats, d'ordonner une enquête, une expertise ou une communication de pièces aurait pour conséquence "to drop the mantle of judge and assume the robe of an

advocate" (Lord Denning in *James v. National Coal Board* [1957], 2 QB 55, 63-64).

Partant d'une telle approche de la procédure on pourrait soutenir, à la limite, que tous les juges de l'Europe continentale sont partiaux et dépendants puisqu'ils se montrent de plus en plus activistes dans le déroulement du procès.

Avec une telle approche, que faut-il penser du Lord Chancellor, qui appartient en même temps aux pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif? Qui oserait prétendre que quand il siège comme président d'une Cour, l'apparence ferait douter de son impartialité et de son indépendance?

Dès que les principes fondamentaux du procès équitable sont sauvegardés, les traditions historiques et parfois même insolites de chaque système judiciaire échappent au contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

L'arrêt *Delcourt* (par. 31) regardait au-delà des apparences. En revanche, le présent arrêt s'arrête à l'apparence. Je conclus qu'en l'espèce il n'y a pas eu d'atteinte au droit à un procès équitable.

### III. Revirement de la jurisprudence

12. Il me semble enfin difficile d'accepter qu'on puisse, par cet arrêt, condamner rétroactivement l'État belge, c'est-à-dire *ex tunc*. Celui-ci a en effet légitimement pu croire que la façon dont la fonction de procureur général près la Cour de cassation était exercée non seulement depuis 1815 (arrêté du Prince souverain), mais également et surtout depuis la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, était en conformité avec ladite Convention, surtout depuis l'arrêt *Delcourt*.

Cet arrêt du 17 janvier 1970 énonçait en effet textuellement ceci:

"Concernant l'application de ce système en l'espèce (c'est-à-dire la présence d'un membre du parquet au délibéré), la Cour n'aperçoit aucune raison de constater que le parquet de cassation ait méconnu (...), à l'audience ou lors du délibéré, le devoir d'impartialité et d'objectivité inhérent à ses fonctions" (paragraphe 35 et 38 de l'arrêt *Delcourt*).

Et plus loin:

"L'article 6 (art. 6) de la Convention n'exige pas, fût-ce par implication, qu'un accusé ait la faculté de répondre aux conclusions purement juridiques d'un magistrat indépendant, attaché à la Cour suprême de Belgique en qualité d'auxiliaire et de conseiller" (paragraphe 41 de l'arrêt *Delcourt*).

Tout comme chaque citoyen peut dans un État de droit légitimement s'attendre à ce que le système juridique existant ne soit pas modifié rétroactivement, l'État à son tour peut prétendre à cette même légitime confiance.

Souvent une modification radicale de la jurisprudence interprétant une norme juridique a été accompagnée d'une prospective *overruling*, qui a été

excellamment explicitée dans un arrêt de la Cour suprême de l'Illinois: "We feel justice will be served by holding that ... the rule herein established shall apply only to cases arising out of future occurrences" (Molitor case, cité par R. Joliet, *Le droit institutionnel des communautés européennes*, Liège, 1981, p. 214; voir également dans le même sens: les arrêts Defrenne II (8 avril 1976), Gravier (13 février 1985) et Blairot (2 avril 1988) de la Cour de Justice des Communautés européennes; voir aussi et surtout l'arrêt Marckx de la Cour européenne des Droits de l'Homme).

Cette nécessité d'une prospective overruling s'impose d'autant plus depuis que l'État belge a appliqué l'article 6 (art. 6) de la Convention à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le droit fondamental d'un État au respect d'une confiance légitime créée par la Cour elle-même serait gravement violé par une condamnation ex tunc.

13. Le revirement immédiat de la jurisprudence de la Cour européenne est d'autant plus fâcheux qu'il s'opère non seulement sur base de l'importance attribuée aux apparences, mais aussi suite "à [une] sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice" (cet arrêt, paragraphe 24 in fine). Cette nouvelle notion introduite par l'arrêt Borgers n'a aucun lien avec la jurisprudence antérieure, et contient une référence "à la sensibilité accrue du public" qui me semble être extrêmement dangereuse.

Dans un cas comme celui-ci, où les règles procédurales critiquées par la Cour ont reçu l'assentiment du Parlement belge à trois reprises différentes (voir cet arrêt, paragraphe 26), il ne sied pas que la Cour veuille remplacer un législateur national, en invoquant la sensibilité du public.

#### IV. Même réservée à la procédure pénale, la condamnation touche à l'organisation judiciaire

14. Compte tenu du rôle exceptionnel que remplit le parquet général près la Cour de cassation quant à l'unité et l'évolution de la jurisprudence belge, la violation constatée par la Cour ne peut concerner que la procédure pénale et non pas la procédure civile. L'avis du parquet général en matière civile (et par extension: sociale, commerciale, fiscale,...) ne saurait en aucune façon violer les droits de la défense ni l'égalité des armes dans le cadre d'une procédure contradictoire où deux - ou même plusieurs - parties s'affrontent.

Je reste d'avis que la condamnation par la Cour est non seulement non fondée, mais également inopportune puisqu'elle touche fondamentalement à l'organisation judiciaire de la Belgique, particulièrement de la Cour de cassation belge, ce qui n'a jamais été le but de la Convention européenne des Droits de l'Homme.