

Analyse de la Ligue des droits de l'Homme

Commentaires sur la note

Jalons pour un nouveau Code de procédure pénale

Analyse réalisée par la Commission Justice de la LDH

1. Introduction

La réforme et la modernisation du droit pénal et du droit de la procédure pénale - dont la nécessité se fait sentir de longue date - sont un exercice difficile et sensible, qui exige un examen minutieux des mesures à mettre en place pour tendre à un équilibre, respectueux des droits de chacun. A cet égard, nous ne pouvons que saluer le travail effectué par les auteurs de la note intitulée « Jalons pour un nouveau Code de procédure pénale » (ci-après la note „Jalons“), ainsi que leur contribution à l'avènement d'un droit de la procédure pénale effectivement plus cohérent et plus clair, défi important s'il en est.

Toutefois, il nous semble que cette note appelle quelques commentaires et remarques, qui se veulent aussi critiques que constructives.

Tout d'abord, il convient de souligner que la réforme annoncée en procédure pénale s'inscrit dans un cadre plus général d'accélération des réformes dans les matières pénale et de procédure pénale. Il semblerait en effet que le législateur soit pris d'une certaine frénésie réformatrice qui l'amène à adopter nombre de textes qui pèsent plus par leur aspect quantitatif que qualitatif¹. Cela nuit à la cohérence d'une réforme d'ensemble et ne permet pas une grande lisibilité de la matière, particulièrement complexe, tant pour le citoyen que le praticien. Le législateur et le gouvernement ne semblent pas disposer d'une vision claire de la question.

Cette tendance s'inscrit elle-même dans un glissement des processus décisionnels au sein de l'enquête et du procès pénal, allant dans la direction d'une atténuation des prérogatives des juges indépendants et impartiaux vers les organes de poursuites ne présentant pas de telles garanties. Il s'agit d'une tendance lourde qui a pris cours il y a plusieurs années et qui semble connaître un processus d'accélération important avec la réforme proposée.

¹ A titre d'exemples, non exhaustifs, la loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme (M.B. 05-08-2015), la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (dite loi Pot-Pourri I) (M.B. 22-10-2015), la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (dite loi Pot-Pourri II) (M.B. 19-02-2016), la loi du 27 avril 2016 relative à des mesures complémentaires en matière de lutte contre le terrorisme (M.B. 09-05-2016), la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice (dite loi Pot-Pourri III) (M.B. 13-05-2016), la loi du 29 mai 2016 relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques (M.B. 18-07-2016), la loi du 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire (M.B. 24-11-2016), la loi du 14 décembre 2016 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la répression du terrorisme (M.B. 22-12-2016), la loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice (dite loi Pot-Pourri IV) (M.B. 30-12-2016), la loi du 25 décembre 2016 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code pénal, en vue d'améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales (M.B. 17-01-2017), etc. En attendant l'adoption du projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (dit projet de loi pot-pourri V) (DOC 54- 2259/001), la réforme du Code pénal et probablement bien d'autres.

Ensuite, on peut s'interroger sur les choix politiques qui ont été posés *a priori* dans le cadre de la note „Jalons“. En effet, celle-ci fait suite à un rapport d'un groupe de travail d'experts mandaté par le précédent gouvernement, en l'occurrence l'Université de Gand qui fut désignée pour mener une « Etude pratique des problèmes rencontrés dans l'actuelle procédure pénale belge en vue de la rédaction d'une nouvelle procédure pénale », dont les résultats ont été publiés en 2015². Cette étude, qui elle-même portait des choix susceptibles d'être questionnés, envisageait quatre scénarios possibles pour orienter une telle réforme³. Toutefois, la note « Jalons » n'en retient qu'un, sans suffisamment justifier les raisons qui plaident pour écarter les trois autres. Or, les choix posés quant aux acteurs publics en charge de la direction de l'enquête ainsi que quant au degré de participation des parties interrogent les fondements de notre procédure pénale. Il nous semble dès lors indispensable qu'un débat parlementaire se tienne pour trancher des choix aussi fondamentaux.

Il nous semble en effet que différentes options choisies par les auteurs de la réforme risquent de porter atteinte à divers droits fondamentaux du citoyen dans le cadre du procès pénal, en réduisant l'accès à la justice des individus (limitation drastique de la constitution de partie civile), en créant un déséquilibre dans le cadre de la phase préliminaire (suppression du juge d'instruction) et de la phase de jugement (réduction du débat contradictoire au fond en raison de l'accent mis sur la phase préliminaire).

Enfin, il convient de souligner que la réforme projetée contient différents points positifs, qu'il s'agit de soutenir sans réserve: instauration de quotas en matière de détention préventive, renforcement du contradictoire au stade préliminaire, régime de sanction de la preuve irrégulière plus cohérent⁴, etc. La volonté des auteurs de tenter d'apporter une plus grande cohérence au texte d'ensemble ne peut qu'être saluée.

2. Le statut du ministère public

La réforme du Code d'instruction criminelle (CICr) doit se fonder sur une analyse approfondie des réformes engrangées, notamment à travers la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction⁵. De ce point de vue, la note « Jalons » contient une analyse utile mais non exhaustive et souvent peu critique des dérives qu'entraîne le fonctinnement de notre procédure pénale. Par exemple, le caractère aléatoire des critères qui déterminent si une enquête fait l'objet d'une instruction plutôt que d'une information, l'inégalité de traitement entre les justiciables selon que leur dossier est mis à l'instruction ou ne fait l'objet que d'une simple information. Ou encore la limitation progressive des devoirs d'enquête strictement réservés à l'instruction avec, en parallèle, l'élargissement des compétences du parquet, y compris via le recours à la « mini-instruction ».

L'une des faiblesses de la note « Jalons » est de ne pas remettre en cause cette évolution et ses dérives mais, en outre, d'en amplifier le mouvement en confiant une mission exorbitante au

² Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge. Etude pratique des problèmes rencontrés, Anvers, Maklu, 2015, 519 p.

³ Était ainsi envisagés les quatre scénarios suivants : 1) le maintien de deux types d'enquête préliminaires distincts, sous la direction du ministère public ou du juge d'instruction, avec une participation limitée des parties ; 2) un seul type d'enquête préliminaire, sous la direction du ministère public, avec une participation limitée des parties ; 3) le maintien de deux types d'enquête préliminaires distincts, sous la direction du ministère public ou du juge d'instruction , avec une participation étendue des parties ; 4) un seul type d'enquête préliminaire, sous la direction du ministère public, avec une participation étendue des parties.

⁴ Voir toutefois sur cette question *infra* les critiques émises.

⁵ M.B. 02-04-1998.

ministère public à qui l'on octroie « le monopole de l'enquête et de la poursuite » au motif que « le Code préciserait dorénavant expressément que sa mission doit être menée à charge et à décharge ».

C'est exactement l'objectif poursuivi depuis des décennies par le ministère public qui a rogné progressivement les compétences d'un juge d'instruction indépendant et impartial et aligné son action « inquisitoire » sur celle définie par la politique criminelle de l'Exécutif.

Pour apprécier la pertinence de la proposition faite par les auteurs de la note « Jalons » de confier au ministère public la tâche de mener l'enquête à charge et à décharge, il est indispensable de s'interroger sur les conditions qui permettrait de garantir son impartialité.

A cet effet, il s'impose de se pencher sur le statut actuel du ministère public. Celui-ci est fixé par les articles 151, § 1er de la Constitution, 143^{quater} du Code judiciaire ainsi que 364 du Code d'instruction criminelle:

Art. 151 §1er de la Constitution :

« Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite ».

Art. 143^{quater} du Code Judiciaire :

« Le ministre de la Justice arrête les directives de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite après avoir pris l'avis du collège des procureurs généraux.

Ces directives sont contraignantes pour tous les membres du ministère public.

Les procureurs généraux près les cours d'appel veillent à l'exécution de ces directives au sein de leur ressort ».

Art. 364 du Code d'instruction criminelle :

« Le procureur général, soit d'office, soit par les ordres du Ministre de la Justice, charge le procureur du Roi de poursuivre les infractions dont il a connaissance ».

De ces différentes dispositions, il ressort que le ministère public est organiquement membre du pouvoir exécutif, dans une structure hiérarchisée, soumis à une politique criminelle relevant, notamment, de directives de politique criminelle et du pouvoir d'injonction positive du ministre de la Justice.. Sur la base du principe de l'opportunité des poursuites, le ministère public dispose du pouvoir souverain de classer sans suite de même qu'initier une médiation pénale ou de conclure une transaction pénale (soit une fonction quasi-juridictionnelle dans laquelle le ministère public cumule les fonctions d'enquêteur et de juge...). Le parquet peut ainsi choisir de poursuivre un acte dans un cas et pas dans un autre pour des motifs liés à sa propre appréciation. C'est cette prérogative exclusive et discrétionnaire et les conséquences qui en découlent qui ont été justement à la base de la création des directives de politique criminelle destinées à introduire des lignes de conduite dans les choix du parquet.

Sans compter que l'information occupe une place prépondérante dans la chaîne pénale. Il se dégage en effet des statistiques du parquet que, sur l'ensemble des dossiers portés à la

connaissance de celui-ci, la majorité (95%) des infractions sont traitées et clôturées au stade du parquet, sans saisine du juge d'instruction ou du tribunal⁶. L'information constitue ainsi la forme la plus courante de traitement des affaires pénales.

A l'examen, il paraît dès lors quelque peu léger de se contenter de préciser expressément dans le futur Code de procédure pénale que « la mission du ministère public devrait dorénavant être menée à charge ou à décharge ». Cette modification de la mission du ministère public justifierait une modification profonde de son statut, du système probatoire ou, encore, de la procédure à l'audience.

3. Définition et rôle de la politique criminelle

Si les textes légaux précisent que les directives de politique criminelle sont arrêtées par le ministre, après avoir pris l'avis du Collège des procureurs généraux, la politique criminelle est en réalité fixée par le Collège des procureurs généraux, sous couvert de l'Exécutif.

A cet égard, il est utile de vérifier la réalité de l'obligation faite à ce Collège, conformément à l'article 143*bis*, § 7 du Code judiciaire, de déposer annuellement un rapport de politique criminelle à joindre au budget du ministre de la Justice, cela afin d'en être débattu au Parlement fédéral. Ce rapport, rendu public, doit contenir selon cette disposition: « la description des activités du collège des procureurs généraux, l'analyse et l'évaluation de la politique des recherches et des poursuites pour l'année écoulée et les priorités pour les années à venir ».

Il est symptomatique de constater, à cet égard, que les rapports de 2013 à 2015 n'ont été rendus publics que sous la forme d'un rapport global portant sur ces trois années au motif que la surcharge de travail du collège ne lui a pas permis de respecter le prescrit légal. En outre, ce rapport pluriannuel n'a fait l'objet d'aucun débat parlementaire. C'était pourtant l'objectif poursuivi par l'introduction de l'article 143*bis*, § 7 du Code judiciaire de soumettre au contrôle parlementaire la politique criminelle fixée par l'Exécutif en concertation avec le collège des procureurs généraux.

Il nous semble qu'il est impératif qu'un contrôle démocratique effectif soit exercé sur la définition de la politique criminelle.

4. La suppression du juge d'instruction et les pouvoirs du juge de l'enquête

La mission légale du juge d'instruction est d'instruire à charge et à décharge et le Code d'instruction criminelle (CICr) prend un ensemble de précautions pour s'assurer qu'il en soit bien ainsi : la fonction de juge d'instruction a un caractère temporaire et fait l'objet d'une évaluation périodique ; il bénéficie d'une formation spécialisée ; il peut faire l'objet d'une récusation comme d'un dessaisissement ; ce n'est pas lui qui décide du renvoi de l'intéressé en jugement mais bien les jurictions d'instruction à qui il rend compte de la marche et de l'état de son instruction ; enfin, l'article 218 du CICr a renforcé le rôle de la chambre des mises en accusation dans le contrôle de la régularité et du bon déroulement de la procédure d'instruction.

Dans ces conditions, plutôt que de se référer à une doctrine française minoritaire pour contester la neutralité du juge d'instruction belge, n'eût-il pas été préférable de vérifier au préalable si, à

⁶ Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge. Etude pratique des problèmes rencontrés, Anvers, Maklu, 2015, pp. 63-64, renvoyant aux statistiques annuelles du ministère public (www.om-mp.be/stat).

l'expérience belge, l'extension indéfinie des prérogatives de la « mini-instruction » était justifiée ou non ? Il nous semble que cette suppression annoncée n'est pas souhaitable dans l'état actuel des choses. Et, si elle devait advenir, elle devrait nécessairement s'accompagner d'une réflexion de fond sur le rôle et les prérogatives du parquet.

En définitive, le seul reproche fait au juge d'instruction est son absence d'impartialité parce que, selon la note „Jalons“, bien qu'il ait mission d'instruire à charge et à décharge, « il cumule les fonctions d'enquêteur et de juge ». Cette confusion n'est pourtant apparente que lors de la délivrance d'un mandat d'arrêt par le juge d'instruction.

Sans doute, l'article 16, § 1er, alinéa 2 de la loi du 20 juillet 1990 précise bien que ce mandat ne peut être délivré « dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte ». Cet acte d'instruction ne préjuge, en effet, pas de la présomption d'innocence dont bénéficie toujours l'inculpé. Cependant, il est vrai que cet acte d'instruction vise, à tout le moins dans l'opinion publique, un présumé coupable subissant déjà une peine *a priori*. Dans ces conditions, il n'est pas déraisonnable de considérer que cette décision devrait être confiée à une autre instance judiciaire indépendante⁷.

Cette suggestion pourrait s'avérer d'autant plus utile si l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 janvier 2017⁸ se confirmait dans d'autres hypothèses telles que la demande de mesures complémentaires réclamées par une personne intéressée dans le cadre de l'information judiciaire.

Pourquoi ne pas confier ce rôle à la chambre des mises en accusation (comme le suggère la Cour constitutionnelle dans son arrêt) en renvoyant par analogie à l'article 61 *ter* du CICr ?

Quoiqu'il en soit, à part cette question de la délivrance d'un mandat d'arrêt, le juge d'instruction peut être maintenu dans la fonction qui est la sienne aujourd'hui ou dans une forme relativement similaire. Les auteurs de l'enquête de Gand envisagent ainsi l'hypothèse du maintien d'une enquête préliminaire duale, tout en proposant dans cette hypothèse, la définition d'un critère distinctif clair sur la base duquel serait prise la décision de confier la direction de l'enquête préliminaire au ministère public ou au juge d'instruction⁹. Les auteurs proposent de rejoindre la procédure pénale française dans laquelle la gravité de l'infraction est utilisée comme critère distinctif : le juge d'instruction assure la direction de l'enquête préliminaire en ce qui concerne les crimes¹⁰. Toutefois, les auteurs de la note „Jalons“ soulignent l'impossibilité pratique d'user de ce critère distinctif en Belgique vu l'archaïsme du Code pénal : cela supposerait une révision du Code pénal, de nombreuses infractions qui ne sont plus jugées par la Cour d'assises étant définies légalement en crimes. Or, l'avant-projet de loi modifiant le livre 1er du Code pénal, approuvé par le Conseil des ministres en date du 20 janvier 2017, propose d'abandonner le système généralisé de la correctionnalisation et limiter le nombre de peines criminelles à des cas extrêmement limités¹¹. D'autres pistes ont été envisagées lors d'un colloque sur la réforme du juge d'instruction qui s'est tenu le 27 janvier 2017¹².

⁷ Ainsi, en France, pour répondre à la critique selon laquelle le juge d'instruction ne peut prendre suffisamment de recul par rapport à l'enquête préliminaire a été instauré le juge des libertés et de la détention. Celui-ci se prononce uniquement sur la détention préventive (art. 137-1 du CPP).

⁸ C.C., arrêt n° 6/2017 du 25 janvier 2017.

⁹ Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge, *op. cit.*, pp. 103 et s.

¹⁰ *Ibid.* pp. 108-109.

¹¹ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet du livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 24, 2016, et plus particulièrement p. 32.

¹² M. CADELLI (dir.), *La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer?*, Anthemis, Limal, 2017.

En contrepartie de l'instauration d'une procédure d'enquête unique dans laquelle toutes les investigations pénales prennent la forme d'une information conduite par le parquet, les auteurs de la note « Jalons » préconisent de confier des pouvoirs de contrôle importants au « juge de l'enquête ». Celui-ci ne sera pas seulement un simple juge de la légalité des mesures de contrainte mais il serait habilité à vérifier la nécessité et la proportionnalité des décisions prises.

Ne vaut-t-il pas mieux disposer d'un juge dans l'instruction plutôt qu'un juge de l'instruction ? A cet égard, quelle garantie la note « Jalons » fournit-elle de ne pas être confronté à un magistrat-alibi dont le caractère ponctuel des interventions sera privé d'une vue d'ensemble sur la procédure et d'une emprise réelle sur les pratiques policières, voire celles du parquet, partie poursuivante ?

5. Une constitution de partie civile par voie d'action drastiquement limitée

Les auteurs de la note « Jalons » proposent de mettre un terme à la constitution de partie civile par voie d'action. Il n'existerait ainsi plus de réelle possibilité pour la partie civile de mettre l'action publique en mouvement, que cela soit par l'entremise du dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile¹³ ou par citation directe¹⁴.

Il est proposé, en contrepartie, de garantir aux victimes d'infractions graves¹⁵ le droit de solliciter un contrôle judiciaire marginal sur la décision du ministère public de ne pas poursuivre, comme le prévoit l'article 11 de la directive 2012/29/UE.

Les motifs invoqués sont le retour à la rigueur du principe selon lequel l'Etat a le monopole des poursuites pénales ainsi que la préservation de la cohérence de la politique criminelle fixée par l'Exécutif en concertation avec le collège des procureurs généraux.

Cette proposition soulève la question de l'intérêt, sinon de l'opportunité, de la mise en œuvre de l'action publique par voie d'action par la victime.

Le droit aujourd'hui garanti à la victime de se constituer partie civile par voie d'action présente l'avantage d'offrir à la victime une protection effective contre l'inertie du parquet. La victime dispose, à tout moment, d'une voie d'action lui permettant de contraindre les autorités publiques à engager les poursuites pénales.

Il offre à la victime, par ailleurs, la possibilité de contrer la décision du ministère public de ne pas poursuivre. Il nous paraît que dans des affaires comme le Kazhagate ou Publifin, l'intérêt, sinon l'opportunité, de la mise en œuvre de l'action publique par constitution de partie civile entre les mains d'un juge d'instruction apparaît évidente. Les auteurs de l'enquête de Gand soulignent ainsi la garantie importante que représente l'indépendance du juge d'instruction dans « *les affaires médiatiquement sensibles* »¹⁶.

¹³ Art. 63 CICr.

¹⁴ Hormis une exception: le droit de citer l'auteur des faits serait réservé au prévenu cité ou convoqué par le parquet devant une juridiction de fonds pour des faits dont il s'estime lui-même être victime.

¹⁵ « Le critère de gravité devra être déterminé en conformité avec la modification du Code pénal. A priori, il s'agira du même critère que celui justifiant les droits des personnes privées durant l'enquête. »

¹⁶ Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge, *op. cit.*, p. 69. Est ainsi mis en exergue le risque, dans ce type d'affaires, que « l'opinion publique n'exerce de pressions sur un ministre de la Justice élu démocratiquement qui, à son tour, exerce une pression

L'exercice de ce droit, sujet à de nombreuses critiques¹⁷, pourrait néanmoins être aménagé de nature à éviter les risques de dérives qu'il comporte.

Tenant compte des critiques soulevées, diverses alternatives au système actuel, lesquelles maintiennent le bénéfice d'un droit de constitution de partie civile par voie d'action à la victime, tout en l'assortissant de garanties, ont été proposées¹⁸.

L'une d'entre elles correspond au modèle mis en place en France. Celle-ci consiste à associer la constitution de partie civile à l'inertie du parquet. Ainsi, la victime doit avertir le Procureur de la République de son intention de déposer plainte avec constitution de partie civile. Ce n'est que si le ministère public ne donne pas suite pendant trois mois à la plainte ou qu'une décision négative est prise que la victime peut déposer une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction (art. 85 CPP). Dans le cas contraire, la plainte avec constitution de partie civile est irrecevable. Le droit de déposer plainte avec constitution de partie civile constitue ainsi un moyen de contrer l'inertie du parquet. Néanmoins, il reste que le délai de carence imposé peut poser difficulté lorsque les circonstances de la cause justifient une intervention rapide des autorités.

A également été étudiée, la possibilité de réserver la constitution de partie civile par voie d'action aux victimes de faits d'une certaine gravité.

Une alternative au système actuel a par ailleurs été proposée en 2005 par les auteurs du projet de Code de procédure pénale. Celle-ci consiste à mettre en place un filtre, le parquet disposant de la possibilité de soumettre l'exercice du droit de déposer plainte avec constitution de partie civile au contrôle de la chambre du conseil¹⁹. Serait dès lors confiée à une juridiction la mission de statuer sur la recevabilité de la plainte ainsi que sur ses proportionnalité et subsidiarité²⁰, le contrôle de proportionnalité visant essentiellement l'équilibre entre les intérêts de la partie préjudiciée et l'intérêt de la justice. Ces critères permettraient de mettre fin à certaines situations manifestement abusives²¹ en écartant les plaintes avec constitution de partie civile parfaitement recevables mais concernant des faits relativement insignifiants ou présentant un caractère civil manifestement prédominant²².

Ces alternatives mériteraient d'être explorées et privilégiées à une suppression pure et simple du droit de la victime de se constituer par voie d'action, cette suppression, même à supposer qu'elle s'accompagne des « garanties » proposées par les auteurs de la note « Jalons », soulevant de réelles difficultés au vu de l'étendue du pouvoir qu'elle conférerait au ministère public de disposer seul du sort à réserver aux poursuites.

sur le ministère public et la police ».

¹⁷ P. TRAEEST, "Vers un nouveau code de procédure pénale?" in *Actualités de droit pénal*, hommage à Ann Jacobs, pp. 27-28.

¹⁸ P. TRAEEST, G. VERMEULEN, W. DE BONDT, T. GOMBEER, S. RAATS et L. VAN PUYENBROECK, *Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge. Etude pratique des problèmes rencontrés*, 2015, pp. 135-143.

¹⁹ Projet de loi contenant le Code de procédure pénale, Doc. parl., Sénat, sess. 2005-2006, n°3-450/21, art. 141 et 142, pp. 82-83.

²⁰ P. TRAEEST, "Vers un nouveau code de procédure pénale?" in *Actualités de droit pénal*, hommage à Ann Jacobs, p. 32.

²¹ Proposition de loi contenant le Code de procédure pénale, Doc. parl., Sénat, sess. 2005-2006, n°3-450/20, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, p. 11.

²² Projet de loi contenant le Code de procédure pénale, Doc. parl., Sénat, sess. 2005-2006, n°3-450/21, art. 141 et 142, pp. 82-83.

6. Renforcer le débat contradictoire devant les juridictions de fond

Nous pouvons nous réjouir de l'introduction d'une plus grande contradiction dans la phase préliminaire du procès pénal, notamment par l'octroi de droits aux parties dans le cadre de l'instruction, voire de l'information (délivrance de la copie de l'audition, droit d'accès au dossier, droit de demander des devoirs complémentaires, référé pénal, contrôle de la régularité de la procédure par les juridictions d'instruction...).

Cependant, nous assistons depuis plusieurs années à un déplacement du processus décisionnel : des juridictions de fond vers les juridictions d'instruction, du juge d'instruction vers le parquet et vers les services de police. Nous assistons également à l'essor de contrôles unilatéraux censés contrebalancer un défaut de contradiction: contrôles internes au sein des services de police, contrôle par le ministère public, contrôle marginal du juge d'instruction et contrôle largement unilatéral de la chambre des mises en accusation.

Le déplacement du centre de gravité vers le parquet et les services de police et l'essor de contrôles unilatéraux dans la phase préliminaire du procès pénal ne sont pas sans incidences sur l'équilibre du procès : ces dernières décennies, l'accent a été mis davantage sur la phase préliminaire du procès pénal au terme de laquelle un dossier complet, purgé de tout vice et « ficelé », est censé être présenté à la juridiction de jugement.

Cette situation ne risque-t-elle pas de déboucher sur une dévalorisation du procès devant le juge du fond dont la mission, dans la majorité des causes, ne serait plus que d'entériner les résultats de l'instruction préparatoire ? C'est faire fi de la plus-value essentielle que constitue le débat contradictoire.

N'est-il pas l'heure de focaliser à nouveau l'attention sur le débat au fond et de revaloriser, en conséquence, la procédure de jugement ? En règle, c'est au juge du fond et à lui seul qu'il appartient d'apprécier, avant de se prononcer sur la culpabilité d'une personne, l'ensemble des éléments recueillis dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, et ce à la lumière d'un débat contradictoire²³.

7. Un régime de sanction de la preuve irrégulière plus simple et plus cohérent

Le régime actuellement applicable à la preuve irrégulière mérite d'être repensé de fond en comble.

En premier ordre, le principe même pourrait être modifié. L'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale est rédigé, dans sa version actuelle, de la manière suivante:

- « La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :
- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;
 - l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;
 - l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ».

Il conviendrait tout d'abord d'examiner l'opportunité de modifier la première phrase de cette

²³ Voy. notamment D. VANDERMEERSCH, « La procédure pénale au début du XXI^e siècle – Les défis », *J.T.*, 2015, pp. 413-420.

disposition en inversant la logique interne propre à cet article. En effet, dans sa formulation actuelle, les éléments de preuve qui peuvent être écartés sont très rares : d'une part, les formes prescrites à peine de nullité ont virtuellement disparu du Code d'instruction criminelle²⁴, d'autre part l'opportunité de rencontrer les deux autres critères (atteinte à la fiabilité de la preuve et usage contraire au procès équitable) est rarissime. Afin de ne pas vider un peu plus cet article de sa substance, il conviendrait d'en inverser la logique interne en prévoyant que la nullité est le principe et sa recevabilité l'exception.

Le premier alinéa de cette disposition pourrait être formulé de la manière suivante : « Un élément de preuve obtenu irrégulièrement est frappé de nullité ».

Afin d'atténuer le caractère absolu de cette disposition, il conviendrait de prévoir une possibilité pour le juge de purger la nullité dans certains cas.

Mais, il ne pourrait jamais le faire lorsque les circonstances suivantes sont réunies :

- si le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable, ou ;
- le juge constate que cette preuve résulte d'une violation intentionnelle d'un droit fondamental, ou ;
- il y a violation des règles de répartition des compétences entre la police, le parquet et le juge de l'enquête.

Le nouvel article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale pourrait dès lors être rédigé de la manière suivante:

« Un élément de preuve obtenu irrégulièrement est frappé de nullité, ainsi que les éventuels éléments ultérieurs qui n'ont pu être recueillis que grâce à la preuve irrégulière et en sont la suite nécessaire.

Toutefois, de manière exceptionnelle, le juge peut purger la nullité de tout ou partie des éléments irrégulièrement recueillis, à la condition expresse et motivée que cela s'avère indispensable à la protection des droits et libertés d'autrui et que cela ne soit pas en contradiction avec le principe de proportionnalité et en particulier l'exigence de nécessité.

Le juge ne pourra jamais prononcer la régularité d'une preuve irrégulièrement recueillie si :

- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable, ou ;
- le juge constate que cette preuve résulte d'une violation intentionnelle d'un droit fondamental, ou ;
- il y a violation des règles de répartition des compétences entre la police, le parquet et le juge de l'enquête. »

²⁴ Comme le reconnaissent d'ailleurs les auteurs de la réforme, qui affirment que « A l'heure actuelle, peu de formalités sont, en matière probatoire, prévues à peine de nullité par le Code d'instruction criminelle. Et l'on chercherait vainement une quelconque cohérence ou logique dans le choix qui fut celui du législateur de retenir occasionnellement cette sanction » (p. 18). Ou encore « L'une des rares hypothèses où cette sanction était prévue – à savoir l'art. 90quater C.i.cr. relatif aux écoutes de (télé)communications – vient d'être supprimée par l'art. 66 de la loi du 5 février 2016 » (p. 18).

Par exigence de nécessité, il faut entendre que lorsqu'il s'offre à l'autorité plusieurs mesures permettant de réaliser le but poursuivi, l'autorité est tenue de choisir la mesure qui porte le moins atteinte aux droits et libertés en cause²⁵.

Par proportionnalité, il faut entendre que même appropriée et nécessaire au sens prédécrit, la mesure restrictive de liberté ne doit pas causer, à cette liberté, un préjudice disproportionné par rapport au bénéfice qu'en tire l'intérêt général. Il s'agit, en d'autres termes, de réaliser un « bilan cout-avantage » de la mesure²⁶.

Par ailleurs, comme le soulignent les auteurs des « Jalons », afin de repenser la consistance du premier critère (le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité), il conviendrait de déterminer au cas par cas, quelles formalités méritent, en toutes hypothèses, de voir leur non-respect sanctionné légalement. A cet égard, le critère de choix posé par les auteurs de la note « Jalons », et portant sur l'atteinte à la substance même du droit au respect de la vie privée, nous semble tout à fait pertinent. Dans la mesure où cette valeur fondamentale de nos sociétés contemporaines est mise en péril par des techniques probatoires intrusives et sophistiquées (observations systématiques, visuels discrets, etc.), la réglementation définissant les conditions et cas dans lesquels ces techniques probatoires peuvent être utilisées doit être assortie de sanctions effectives.

8. Quel coût budgétaire de la réforme préconisée ?

Le Procureur général de Liège, Mr C. DE VALKENEER, s'est inquiété de l'absence de toute évaluation budgétaire de la réforme préconisée²⁷. Il a, notamment, mis en exergue l'accroissement significatif du personnel du ministère public et l'élargissement indispensable de l'aide juridique. Il a eu par ailleurs l'occasion de fournir une série d'indications sur la longueur et les coûts estimés de celle-ci.

Il nous semble à cet égard que la réforme envisagée ne pourra être menée sans investissements budgétaires conséquents. A défaut, le risque est grand de voir poindre une certaine forme d'efficacité (supposée) qui pourrait en réalité se faire au détriment du justiciable. Or, au vu du contexte budgétaire actuel, il est permis d'être sceptique quant aux marges pouvant être dégagées pour financer une telle réforme.

9. Points positifs

Comme déjà souligné, la note „Jalons“ contient une série de points positifs, qu'il s'agit de soutenir sans réserve, comme par exemple le renforcement du contradictoire au stade préliminaire ou la recherche d'un régime de sanction de la preuve irrégulière plus cohérent (sous réserve de ce qui a été écrit *supra*). Cette volonté des auteurs de tenter d'apporter une plus grande cohérence au texte d'ensemble ne peut qu'être soutenue et saluée.

Le point le plus positif mis en avant par la note constitue à notre estime l'instauration de quotas

²⁵ Voir J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les clauses transversales en matière de droits et libertés », Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du Titre II de la Constitution par Mme Hilde CLAES et Mr Jean-Jacques VISEUR, Chambre des Représentants, 20 février 2006 (DOC 51 – 2304/001).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ J.C. MATGEN, Le procureur général de Liège défend le juge d'instruction, *La Libre Belgique*, 13 mars 2017 (voir : <http://www.lalibre.be/actu/belgique/le-procureur-general-de-liege-defend-le-juge-d-instruction-58c2f199cd705cd98ddd5615>).

en matière de détention préventive

Si le caractère exceptionnel de la détention préventive est régulièrement mis en avant, force est de constater que, malgré les réformes successives de la loi du 20 juillet 1990²⁸, elle participe activement à la surpopulation carcérale. Selon les dernières statistiques disponibles, les prévenus représentent plus du tiers de la population pénitentiaire²⁹.

L'instauration de quotas en matière de détention préventive avait déjà été préconisée par la Cour des comptes, en 2011, dans son rapport « Mesures de lutte contre la surpopulation carcérale »³⁰.

Se basant sur une étude de l'INCC, d'autres mesures avaient été proposées par la Cour des comptes :

- la diminution du recours à la détention préventive (réduction du champ d'application par l'augmentation du seuil de la peine ou l'utilisation de listes positives et négatives d'infractions) ;
- la limitation de la durée de la détention préventive (introduction d'une durée maximale).

Il est urgent de prendre des mesures drastiques afin de limiter la délivrance de mandats d'arrêt qui portent atteinte au droit à la liberté individuelle et à la présomption d'innocence.

²⁸ A cet égard, on déplore que la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (dite loi Pot-Pourri II) (M.B. 19-02-2016) ait supprimé la sanction de la nullité en cas de non-respect de formalités substantielles, comme le défaut de motivation du mandat d'arrêt ou encore l'absence de signature par le juge d'instruction. Il en va de même pour la loi du 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire (MB. 24-11-2016) qui supprime la remise en liberté de l'inclupé à défaut d'interrogatoire concernant la possibilité de délivrance d'un mandat d'arrêt.

²⁹ Direction générale des établissements pénitentiaires, SPF Justice.

³⁰ Cour des comptes, *Mesures de lutte contre la surpopulation carcérale*, Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants, Bruxelles, décembre 2011.