

Jurisprudence

Cour constitutionnelle, 21 décembre 2017

n° 148/2017

(extraits)

Président : M. E. De Groot, président

Rapporteurs : MM. E. Derycke et P. Nihoul, juges

Pl. : M^{es} A. Lebeau (du barreau de Charleroi), J. Vander Velpen (du barreau d'Anvers), J. Heymans (du barreau de Gand), L. Laperche, D. Ribant, C. Macq, D. de Beco, H. Sax, V. Letellier, A. Schaus, A. Poppe, E. Jacobowitz et P. Schaffner (tous du barreau de Bruxelles)

- 1° PEINES – circonstances atténuantes – loi du 5 février 2016 – crimes – généralisation de la correctionnalisation – augmentation des peines applicables aux crimes correctionnalisés – discrimination

1° En application de l'article 121 de la loi du 5 février 2016, qui a abrogé la liste limitative des crimes correctionnalisables, la décision de correctionnalisation n'est plus soumise à aucun critère matériel, abstraction faite de l'existence de circonstances atténuantes. Tout crime peut désormais être porté soit devant le tribunal correctionnel, soit devant la cour d'assises, en fonction d'une décision prise par les juridictions d'instruction ou par le ministère public, alors que ces deux juridictions sont fondamentalement différentes, notamment du point de vue des règles procédurales applicables. La notion de « circonstances atténuantes » est donc dénaturée, en ce qu'elle est principalement utilisée pour déterminer la compétence des juridictions, cependant que la correctionnalisation a une incidence minimale voire défavorable sur la durée de la peine privative de liberté encourue. Dès lors, les dispositions attaquées ne garantissent pas que des personnes qui se trouvent dans des situations identiques soient jugées selon les mêmes règles de compétence et de procédure. (L. 5 février 2016¹, art. 6, 15, 17, 1° et 2°, 18, 1° et 2°, 19, 2°, 36, 121, 151, 155 et 170, 2°)

- 2° PEINES – circonstances atténuantes – loi du 5 février 2016 – contraventionnalisation des délits – absence de contrôle du juge – discrimination

2° À la différence du tribunal correctionnel, dans le cas de la correctionnalisation d'un crime en raison de circonstances atténuantes visées par le ministère public dans la citation directe, il résulte de l'article 123 de la loi du 5 février 2016 que

1 Loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, M.B., 19 février 2016.



le tribunal de police ne peut plus décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes lorsqu'un délit est contraventionnalisé sur la base de circonstances atténuantes visées dans une citation directe par le ministère public. Dans la mesure où la disposition attaquée permet au ministère public, qui est une partie au procès, sur la seule base du critère des circonstances atténuantes, de soustraire une infraction au tribunal correctionnel et de la porter devant le tribunal de police, sans qu'une juridiction d'instruction ou de jugement puisse exercer un contrôle à cet égard, elle n'est compatible ni avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, ni avec le droit à l'égalité des armes. (L. 5 février 2016, art. 123)

3° **PERQUISITION** – droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile – juge d'instruction – loi du 5 février 2016 – mini-instruction – discrimination

3° En raison de la gravité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile qu'elle implique, la perquisition ne peut, en l'état actuel de la réglementation en matière de procédure pénale, être autorisée que dans le cadre d'une instruction, au cours de laquelle les personnes intéressées disposent d'un droit organisé de demander un accès au dossier et des actes d'instruction supplémentaires et au cours de laquelle la chambre des mises en accusation peut exercer un contrôle quant à la régularité de la procédure. De telles garanties n'existent pas durant l'information. Dès lors, en incluant la perquisition dans le champ d'application de la mini-instruction, de sorte qu'il pourra être recouru à cet acte d'instruction dans le cours d'une information, sans prévoir des garanties supplémentaires pour protéger les droits de la défense, la disposition attaquée porte une atteinte discriminatoire au droit au respect de la vie privée et au droit à l'inviolabilité du domicile². (L. 5 février 2016, art. 63, 1° ; C.i. cr. art. 28septies ; C.E.D.H., art. 8 ; Const. coord. 1994, art. 22)

4° **ÉCOUTES** – juge d'instruction – ordonnance – motivation – irrégularité – sanction – loi du 5 février 2016 – suppression de la sanction automatique

4° L'article 90quater du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par l'article 66, 1°, de la loi du 5 février 2016 qui a supprimé la nullité automatique des écoutes et enregistrements de communications exécutés ensuite d'une ordonnance non motivée, exige toujours, outre l'intervention préalable, en règle, d'un juge d'instruction, que cet acte contienne les informations pertinentes relatives aux indices de culpabilité, aux faits concrets et propres à la cause justifiant pareille mesure, à son caractère indispensable à la manifestation de la vérité, à l'identification de la per-

2 Cette décision, compte tenu de la jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, ne surprendra guère. Voy. ainsi C.A., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, cité par la Cour constitutionnelle dans la décision recensée (B.20.3 et s.).

À propos du contrôle de la décision du juge d'instruction relative à l'accès au dossier, lorsque celui-ci fait l'objet d'une instruction « complète », par opposition aux règles en vigueur, qui ne prévoient pas un tel contrôle, dans le cadre de l'information (et, dès lors, lorsque des décisions ont été prises par le biais de la mini-instruction), voy. C.C., arrêt n° 6/2017, du 25 janvier 2017.

sonne et du moyen de communication concernés, à la période couverte et aux agents responsables de la mise en œuvre de la décision. N'ayant pas pour effet de supprimer le contrôle de légalité à cet égard, y compris au regard du droit au respect de la vie privée des personnes concernées, la disposition attaquée n'est pas incompatible avec l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telle que cette disposition est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme^{3,4,5}. (L. 5 février 2016, art. 66 ; C.i. cr., art. 90quater ; C.E.D.H., art. 8)

- 3 Ici non plus, la décision recensée ne devrait guère étonner. En effet, la Cour constitutionnelle, tout en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, avait déjà jugé que « la circonstance qu'une preuve obtenue en méconnaissance d'une disposition légale visant à garantir le droit au respect de la vie privée n'est pas automatiquement nulle ne viole pas en soi le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 22 de la Constitution, qui garantit également le droit au respect de la vie privée, ne comporte pas plus que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme une règle explicite relative à l'admissibilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit garanti dans celle-ci. (...) [Les articles invoqués] de la Constitution n'exigent pas qu'une preuve obtenue en méconnaissance du droit qu'[ils garantissent] doive être considérée comme nulle en toutes circonstances » (C.C., arrêt n° 158/2010, du 22 décembre 2010 ; C.C., arrêt n° 139/2011, du 27 juillet 2011, soit deux décisions rendues en matière de fouille irrégulière. Voy. également F. SCHUERMANS, « Na Straatsburg betonneert nu ook Grondwettelijk Hof de Antigoonrechtspraak », *R.A.G.B.*, 2011, pp. 580 et s.).
- 4 Nous devons cependant avouer une certaine perplexité au regard de l'attendu suivant de la Cour constitutionnelle (B.27.2) : « Toute mesure d'écoutes ou d'enregistrements de communications qui serait effectuée en violation des prescriptions légales pourrait être considérée comme illégale et donner lieu à l'application de l'article 259bis du Code pénal à l'égard de l'agent de la force publique qui en est l'auteur ainsi qu'à réparation à l'égard de la personne dont le droit au respect de la vie privée aurait été violé ». Il nous semble hâtif de considérer qu'une mesure consistant à écouter des communications privées, exécutée en violation des formes prévues par la loi, emporterait en elle-même une infraction à l'article 259bis C. pén. Cette infraction ne fait pas partie de celles dites réglementaires. Le magistrat ou l'officier de police en cause a notamment pu se tromper de bonne foi. En outre, la disposition attaquée devant la Cour constitutionnelle concernait la sanction du défaut de motivation de l'ordonnance du juge d'instruction, de sorte que l'on voit mal en quoi, sauf corréité ou complicité, pareille irrégularité pourrait être imputée – pénalement qui plus est – à un autre « agent de la force publique » que ce même magistrat (à propos du champ d'application *rationae personae* de l'art. 259bis C. pén., voy. C. DE VALKENEER, « Les infractions en matière d'écoutes, de prise de connaissance et d'enregistrement de communications et de télécommunications », in H.-D. BOSLY et C. DE VALKENEER (dir.), *Les infractions. Vol. 5, Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 408). Cet argument, pour répondre au grief soulevé, nous semble donc moins relevant.
- 5 Si la suppression de la sanction automatique que comminaut autrefois l'article 90quater C.i. cr. n'a pas pour conséquence de priver le prévenu du droit de faire contrôler la légalité des écoutes, on conviendra cependant que du point de vue de la violation du droit au respect de la vie privée des personnes visées par la mesure, la protection est désormais très considérablement réduite, pour ne pas dire vidée de sa substance. En effet, le contrôle auquel pourront encore procéder les juridictions d'instruction ou le juge du fond interviendra sur la base de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, ainsi que le souligne d'ailleurs la Cour constitutionnelle (B.27.1. Voy. également A. MASSET et P. MONVILLE, « La réforme de l'enquête préliminaire : peau de chagrin ou requiem pour l'instruction ? », in M. CADELLI et T. MOREAU (dir.), *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 46 à 49). Or, sur la base de ce texte, la méconnaissance du droit au respect de la vie privée qui découlerait d'une irrégularité ne suffit pas, à elle seule, à entraîner l'annulation ou la mise à l'écart de la preuve illégale. Il en est par exemple ainsi lorsque des preuves sont obtenues en violation du secret professionnel d'un médecin (à ce sujet, voy. F. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale – Sanction des irrégularités*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 172 et s. ; F. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale – Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2017, pp. 65 et 66). Dès lors, la sanction d'un tel constat d'illégalité risque bien, en pratique, de demeurer purement symbolique.



5° **VOIES DE RECOURS – opposition – matière répressive – loi du 5 février 2016 – opposition déclarée non avenue – conditions – charge de la preuve – interprétation**

5° En application de l'article 187, § 6, 1°, du Code d'instruction criminelle, pour que l'opposition puisse être considérée comme non avenue, il faut d'abord qu'il soit établi que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut et, ensuite, que l'intéressé n'ait pas fait état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée, cette seconde condition devant être interprétée en ce sens que le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défailants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice. Il appartient à la partie poursuivante ou à la partie civile d'établir que la première condition est accomplie, le prévenu n'ayant pas à fournir de preuve en la matière, tandis qu'il suffit, s'agissant de la seconde condition, qu'il « fasse état » d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime et donc qu'il démontre à suffisance l'existence de ce motif, sans qu'il soit davantage tenu d'en apporter la preuve^{6,7}. (L. 5 février 2016, art. 83 ; C.i. cr., art. 187, § 6, 1°)

6° **VOIES DE RECOURS – opposition – matière répressive – loi du 5 février 2016 – défaut itératif – opposition déclarée non avenue – conditions – interprétation**

6° En application de l'article 187, § 6, 2°, du Code d'instruction criminelle, lorsque l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, ce recours peut être considéré comme non avenue et le législateur peut régler plus sévèrement cette situation, sous la réserve que s'applique, dans ce cas également, le principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure, principe auquel la loi attaquée n'a pas dérogé. Ainsi, l'opposition ne peut être déclarée non avenue si une cause de force majeure justifie l'absence de l'opposant au cours de la procédure d'opposition. (L. 5 février 2016, art. 83 ; C.i. cr., art. 187, § 6, 2°)

7° **VOIES DE RECOURS – appel – matière répressive – loi du 5 février 2016 – requête d'appel – obligation d'énoncer les griefs dirigés contre la décision entreprise – notion de grief**

7° La notion de « grief », au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, est relative à la détermination de la saisine du juge d'appel et ne se confond pas

6 Sur cet aspect de l'arrêt recensé, voy. la note, ci-après, intitulée « Légiférer coûte que coûte ? ».

7 À propos de la connaissance de la citation dans la procédure lors de laquelle le prévenu a fait défaut, lorsque cet acte a été signifié au domicile et non à la personne de l'intéressé, voy. Cass., 21 février 2018, P.17.1130.F, concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH. Sur cette question, voy. également Cass., 21 mars 2018, P.17.1062.F, concl. av. gén. D. Vandermeersch (premier moyen). Ce dernier arrêt a en outre procédé à une analyse de la manière dont le juge du fond peut appréhender l'examen de l'excuse légitime invoquée, pour la rejeter. Enfin, dans la réponse au troisième moyen, l'arrêt se penche sur la situation pouvant découler de la circonstance que le prévenu se trouve, par sa faute, dans l'impossibilité pour une durée indéterminée de comparaître en personne, alors qu'il pourrait se faire représenter par un conseil afin d'éviter le blocage de la procédure et le péril pouvant en découler (prescription de l'action publique, dépassement du délai raisonnable dans lequel chacun a le droit d'être jugé, etc.).

avec celle de « moyen », la disposition attaquée prescrivant que l'appelant désigne, dans sa requête d'appel, les parties du jugement de première instance qu'il entend voir réformer et non qu'il indique les arguments qu'il souhaite avancer à cette fin. Par conséquent, la disposition attaquée n'empêche pas que l'appelant invoque, pour la première fois en degré d'appel et en cours de procédure, les moyens qu'il estime appropriés pour obtenir la réformation de la décision rendue en première instance, en ce compris, le cas échéant, le dépassement du délai raisonnable ou encore un revirement de jurisprudence intervenu entre les deux instances⁸. (L. 5 février 2016, art. 89 ; C.i. cr., art. 204)

- 8° **POURVOI EN CASSATION** – décisions contre lesquelles on peut se pourvoir – contrôle de la légalité de l'instruction ou de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration – décisions rendues en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle – loi du 5 février 2016 – absence de pourvoi immédiat

8° Les dispositions attaquées poursuivent l'objectif légitime de maîtriser et éliminer un arriéré juridictionnel considérable découlant de l'introduction de pourvois en cassation immédiats contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle, et sont pertinentes pour atteindre cet objectif. Elles ne limitent par ailleurs pas les droits des personnes concernées de manière disproportionnée dès lors qu'en vertu de la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, de ce code, un pourvoi en cassation demeure toujours ouvert contre ces décisions, fût-ce uniquement après l'arrêt ou le jugement définitifs⁹. (L. 5 février 2016, art. 99, 100 et 115 ; C.i. cr., art. 420)

- 9° **POURVOI EN CASSATION** – détention préventive – maintien en détention préventive – décisions contre lesquelles on peut se pourvoir – loi du 5 février 2016 – absence de pourvoi immédiat

9° Eu égard à la circonstance qu'un contrôle de la légalité des décisions relatives au maintien de la détention préventive, notamment quant au respect de l'obligation de motivation spéciale qui incombe aux juridictions d'instruction, constitue une garantie essentielle du point de vue du droit fondamental à la liberté individuelle sous-jacent à toute décision de cette nature, la suppression du pourvoi en cassation immédiat pour ces décisions autres que celles de la chambre des mises en accusation

8 La Cour se réfère ainsi à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'article 204 C.i. cr. Voy. ainsi Cass., 3 mai 2017, P.17.0145.F, concl. av. gén. M. NOLET DE BRAUWERE, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, pp. 763 et s., *J.T.*, 2017, p. 466 ; Cass., 18 avril 2017, P.17.0031.N et P.17.0087.F ; Cass., 28 juin 2017, P.17.0176.F ; Cass., 27 septembre 2017, P.17.0257.F.

9 Voy. la voie, assez différente, empruntée à cet égard par la Cour de cassation, qui avait estimé que le droit à un recours effectif, garanti par plusieurs instruments internationaux, ne comprend pas celui de déférer à son contrôle de telles décisions non définitives et ce, eu égard à sa compétence limitée (Cass., 14 septembre 2016, P.16.0646.F, concl. av. gén. M. NOLET DE BRAUWERE, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, pp. 167 et s., note).



rendues en degré d'appel contre la première décision de maintien de la détention préventive entraîne des effets disproportionnés et n'est donc pas raisonnablement justifiée. Il en est de même de la suppression du pourvoi en cassation immédiat contre les décisions de la chambre des mises en accusation portant restriction des visites, de la correspondance et des communications téléphoniques, ou établissant une surveillance électronique à l'égard d'une personne en détention préventive¹⁰. (L. 5 février 2016, art. 127 et 137 ; L. 20 juillet 1990, art. 20, § 6, et 31, § 2 ; C.E.D.H., art. 5.4)

10° **DÉTENTION PRÉVENTIVE – maintien en détention préventive – délai – loi du 5 février 2016 – suppression du droit de l'inculpé de susciter un contrôle intermédiaire**

10° Le délai de maintien durant deux mois de la détention préventive à partir de la troisième comparution en chambre du conseil, sans que l'inculpé soit admis à introduire une requête de mise en liberté et sans que le dossier soit mis mensuellement à sa disposition, ne viole ni les articles 10, 11 et 12 de la Constitution ni les règles supranationales relatives au droit à la liberté d'aller et de venir, le juge d'instruction pouvant notamment à tout moment de l'instruction, et donc également au cours de la période entre les contrôles automatiques de la détention préventive, d'office ou à la requête du ministère public, décider de lever le mandat d'arrêt, sans qu'une voie de recours soit ouverte à l'encontre de cette décision, de sorte que si des éléments nouveaux se présentent, qui ont une incidence sur la régularité de la détention préventive, ce magistrat sera en mesure de les prendre en considération. (L. 5 février 2016, art. 128, 129, 130 et 136 ; L. 20 juillet 1990, art. 22, 22bis, 23, 25 et 30 ; C.E.D.H., art. 5.4)

11° **DÉTENTION PRÉVENTIVE – maintien de la détention préventive sous surveillance électronique – octroi – règlement de la procédure – loi du 5 février 2016 – exclusion**

11° Il y a lieu d'annuler l'article 132, 1°, de la loi du 5 février 2016, en ce qu'il ne permet pas à la chambre du conseil, statuant au stade du règlement de la procédure, d'accorder à l'inculpé qui exécute la détention préventive en prison de bénéficier de la détention préventive sous surveillance électronique alors que les juridictions d'instruction, à ce stade de la procédure, peuvent prolonger une mesure de placement en détention préventive sous surveillance électronique décidée précédemment ou libérer l'inculpé, le cas échéant sous conditions. (L. 5 février 2016, art. 132, 1° ; L. 20 juillet 1990, art. 26, § 3)

10 Il est à noter que de son côté, la Cour de cassation avait rejeté une demande de question préjudicielle relative à la suppression du pourvoi en cassation immédiat contre les décisions relatives au maintien de la détention préventive postérieures à celle rendue à l'issue de la première comparution devant la chambre du conseil (Cass., 8 novembre 2017, P.17.1077.F et P.17.1078.F). Toutefois, eu égard à la manière dont la comparaison entre des justiciables prétendument placés dans des situations identiques était postulée, la décision de la Cour de cassation sur ce point rejoint celle de la Cour constitutionnelle (spéc. B.61, B.73.1 et B.73.2).

12° **APPLICATION DES PEINES – modalités d'exécution de la peine – étranger ne disposant pas d'un droit de séjour – loi du 5 février 2016 – exclusion**

12° *En ne permettant pas aux autorités compétentes pour octroyer les modalités d'exécution de la peine d'examiner, au regard de la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger demandeur, s'il est justifié de lui refuser la modalité qu'il sollicite au motif qu'il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers qu'il n'est pas autorisé à séjourner sur le territoire, les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016 établissent une différence de traitement entre personnes condamnées à une peine privative de liberté sur la base de leur statut de séjour, qui n'est pas raisonnablement justifiée et qui entraîne des effets disproportionnés au regard des droits fondamentaux garantis par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 de la Constitution^{11,12}. (L. 5 février 2016, art. 148, 153 et 163 ; C.E.D.H., art. 8 ; Const. coord. 1994, art. 22)*

13° **ACTION PUBLIQUE – exercice – ministère public – juristes de parquet**

13° *Eu égard à la définition légale précise et claire des compétences des juristes de parquet et aux garanties entourant l'octroi et l'exercice de ces prérogatives, la possibilité pour le chef de corps d'attribuer les compétences des magistrats du ministère public aux juristes de parquet, à l'exception des tâches énumérées par la disposition attaquée, ne porte pas atteinte à l'indépendance du ministère public et, partant, au droit à un procès équitable des justiciables¹³. (L. 5 février 2016, art. 197)*

Arrêt

(...)

– B –

Quant à la loi attaquée

B.1.1. La loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (aussi appelée la « loi Pot-pourri II ») vise à améliorer et à moderniser le droit pénal et la procédure pénale, afin de rendre l'administration de la justice plus efficace, plus rapide et plus économique sans compromettre la qualité de l'administration de la justice ou les droits fondamentaux des justiciables (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 3, et DOC 54-1418/005, p. 5).

11 Sur cet aspect de l'arrêt recensé, voy. la note, ci-après, intitulée « Légiférer coûte que coûte ? ».

12 La Cour de cassation s'était déjà d'emblée prononcée en ce sens : Cass., 26 avril 2017, P.17.0375.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, pp. 840 et s., note J. HARDY et O. NEDERLANDT, « L'annexe 35 : sésame pour les condamnés sans titre de séjour devant le tribunal de l'application des peines ? ».

13 À propos de cette possibilité d'attribuer des compétences aux juristes de parquet en vue de l'exercice de l'action publique et au sujet du statut de ces membres du ministère public, voy. S. DEBELLE, « Les nouveaux magistrats ou le magistrat : une espèce en voie de disparition », in M. CADELLI et T. MOREAU (dir.), *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, spéc. pp. 25 et s. Voy. également, pour une synthèse, L. KERZMANN, T. DE SAUVAGE et V. COLSON, « Chronique de législation pénale 2016 », v° *Juristes de parquet*, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 1069.



La loi du 5 février 2016 s'inscrit dans une réforme plus large de la justice, qui est exposée dans le plan du ministre de la Justice « Une plus grande efficience pour une meilleure justice », présenté le 18 mars 2015 à la Chambre des représentants. Par la loi précitée, « dans l'attente de la réforme globale du droit de la procédure pénale, des mesures ponctuelles peuvent déjà être prises, dont on peut supposer qu'elles auront immédiatement une influence positive sur la charge de travail et sur l'efficacité de la procédure, sans toucher aux droits fondamentaux des parties à la procédure. [...] Certaines de ces mesures sont ponctuelles, d'autres plus fondamentales. Elles ont en commun leur but, qui est d'améliorer et moderniser le service de la justice et de réduire les gaspillages de temps, d'énergie et d'argent, qui sont devenus insupportables » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 4).

(...)

Quant au fond

L'augmentation de la durée des peines pour les crimes correctionnalisés et la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes

B.2. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6492 et 6495 demandent l'annulation de l'article 6 de la loi du 5 février 2016. Elles demandent en outre à la Cour d'annuler également les dispositions qui sont indissociables de cet article, en particulier les articles 7, 11, 14, 1^o, 15, 17, 18, 19, 2^o, 36, 151, 155 et 170, 2^o, de la même loi. La partie requérante dans l'affaire n^o 6496 demande l'annulation des articles 121, 122 et 123 de la même loi. La partie requérante dans l'affaire n^o 6497 demande l'annulation de l'article 121 de la même loi.

B.3.1. L'article 6, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 25 du [Code pénal], modifié par la loi du 21 décembre 2009, l'alinéa 5 est remplacé par ce qui suit :

Elle est de vingt-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans à trente ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de trente-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de trente ans à quarante ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de quarante ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé ».

L'article 25, ainsi modifié, du Code pénal dispose :

« La durée de l'emprisonnement correctionnel est, sauf les cas prévus par la loi, de huit jours au moins et de cinq ans au plus.

Elle est de cinq ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de cinq ans à dix ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de dix ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de dix ans à quinze ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de quinze ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de quinze ans à vingt ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de vingt-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans à trente ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de trente-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de trente ans à quarante ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de quarante ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé.

La durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures.

La durée d'un mois d'emprisonnement est de trente jours ».

B.3.2. L'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, remplacé par la loi du 21 décembre 2009 et modifié par les lois des 27 décembre 2012 et 14 janvier 2013, l'alinéa 3 est abrogé ».

L'article 2, ainsi modifié, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes dispose :

« Dans le cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel.

De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse ».

B.3.3. L'article 122, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 3, alinéa 3, de la même loi, remplacé par la loi du 1^{er} février 1977 et modifié par les lois des 11 juillet 1994 et 8 juin 2008, les mots et peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3' sont abrogés ».



L'article 3, ainsi modifié, de la loi du 4 octobre 1867 dispose :

« Le tribunal correctionnel, devant lequel l'inculpé est renvoyé, ne peut décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

Il peut cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse s'il est saisi en application de l'article 2, alinéa 2.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse lorsqu'il constate que le crime dont il a été saisi n'a pas été correctionnalisé ».

B.3.4. L'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 5 de la même loi, modifié par les lois des 11 juillet 1994 et 8 juin 2008, l'alinéa 2 est abrogé ».

L'article 5, ainsi modifié, de la loi du 4 octobre 1867 dispose :

« Le tribunal de police devant lequel le prévenu sera renvoyé ne pourra décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, et il pourra prononcer les peines de police.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes que la chambre du conseil, la chambre de mise en accusation ou le ministère public a omis d'énoncer lorsqu'il a été saisi du fait mentionné à l'article 4, alinéa 1^{er} ».

B.4.1. L'article 1^{er} du Code pénal répartit les infractions selon les catégories suivantes :

« L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime.

L'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit.

L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une contravention ».

Aux termes de l'article 7, 1^o, du Code pénal, les peines criminelles sont la réclusion et la détention. Aux termes de l'article 7, 2^o, du Code pénal, les peines correctionnelles sont l'emprisonnement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail et la peine de probation autonome.

Avant l'entrée en vigueur de la loi attaquée du 5 février 2016, les articles 8 et 9 du Code pénal disposaient que la réclusion était à perpétuité ou pouvait être prononcée pour un terme de cinq à dix ans, de dix à quinze ans, de quinze à vingt ans ou de vingt à trente ans. L'article 2 de la loi attaquée du 5 février 2016 y ajoute la réclusion prononcée pour un terme de trente à quarante ans.

B.4.2. L'article 25 du Code pénal fixe les peines maximales pouvant être prononcées par les tribunaux correctionnels. À l'origine, cette disposition était libellée comme suit :

« La durée de l'emprisonnement correctionnel est de huit jours au moins et de cinq années au plus, sauf les cas exceptés par la loi.

La durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures.

La durée d'un mois d'emprisonnement est de trente jours ».

Bien que cette disposition ait toujours permis de déroger aux durées habituelles de l'emprisonnement correctionnel, la loi du 1^{er} février 1977 modifiant la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes et le Code pénal a été la première loi à prévoir une dérogation générale, en disposant que l'emprisonnement pour un crime correctionnalisé punissable des travaux forcés était de dix ans au plus. Depuis la modification de l'article 25 du Code pénal par la loi du 23 janvier 2003 relative à la mise en concordance des dispositions légales en vigueur avec la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles, la durée de l'emprisonnement était de dix ans au plus pour un « crime punissable de la réclusion de dix ans à quinze ans ou pour un terme supérieur ou de la réclusion à perpétuité, qui a été correctionnalisé ».

La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises a porté la peine maximale pouvant être prononcée par un tribunal correctionnel à un emprisonnement de vingt ans. Une peine d'emprisonnement de quinze ans au plus pouvait depuis lors être prononcée pour un crime punissable de la réclusion de quinze à vingt ans qui a été correctionnalisé. Une peine d'emprisonnement de vingt ans au plus pouvait depuis lors être prononcée pour un crime punissable de la réclusion de vingt à trente ans ou de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé.

B.4.3. L'article 6, attaqué, de la loi du 5 février 2016 porte à quarante ans la peine maximale pouvant être prononcée par un tribunal correctionnel. Il ajoute trois nouvelles durées d'emprisonnement à celles prévues par l'article 25 du Code pénal, à savoir un emprisonnement de vingt-huit ans au plus pour un crime punissable de la réclusion de vingt à trente ans qui a été correctionnalisé, un emprisonnement de trente-huit ans au plus pour un crime punissable de la réclusion de trente à quarante ans qui a été correctionnalisé, et un emprisonnement de quarante ans au plus pour un crime punissable de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé.

B.5.1. En vertu de l'article 79 du Code pénal, les peines criminelles sont réduites conformément aux articles 80 à 84 du même Code, s'il existe des circonstances atténuantes. L'article 80 du Code pénal, tel qu'il a été modifié par l'article 17 de la loi attaquée du 5 février 2016, dispose :



« La réclusion à perpétuité sera remplacée par la réclusion à temps ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de quarante ans au plus.

La réclusion de trente ans à quarante ans par la réclusion de trente-huit ans ou pour un terme inférieur ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de trente-huit ans au plus.

La réclusion de vingt ans à trente ans, par la réclusion de vingt-huit ans ou pour un terme inférieur ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de vingt-huit ans au plus.

La réclusion de quinze ans à vingt ans, par la réclusion de dix ans à quinze ans ou de cinq ans à dix ans ou par un emprisonnement d'un an au moins et de quinze ans au plus.

La réclusion de dix ans à quinze ans, par la réclusion de cinq ans à dix ans ou par un emprisonnement de six mois au moins et de dix ans au plus.

La réclusion de cinq ans à dix ans, par un emprisonnement d'un mois au moins et de cinq ans au plus ».

Cette disposition ne concerne pas l'incidence de la prise en considération de circonstances atténuantes sur la compétence du juge mais uniquement l'influence de l'existence de circonstances atténuantes sur la fixation du taux de la peine, en vue d'individualiser cette peine. Elle permet en effet à la Cour d'assises, lorsque celle-ci admet des circonstances atténuantes, de choisir entre la réclusion et une peine d'emprisonnement pour tous les crimes qui sont punis d'une réclusion de dix ans jusqu'à la perpétuité et de prononcer une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus pour les crimes que la loi punit d'une réclusion de cinq à dix ans. Les durées des deux peines éventuelles se recouvrent chaque fois largement.

B.5.2. Le fondement du changement de juridiction compétente, en cas de correctionnalisation de crimes, se trouve dans la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

En vertu de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 octobre 1867, l'appréciation des circonstances atténuantes appartient aux juridictions de jugement, aux juridictions d'instruction et au ministère public. En vertu de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la même loi, qui impose, en la matière, l'obligation de motivation, ces circonstances atténuantes doivent être indiquées dans les arrêts et jugements. En vertu de l'article 2, alinéa 2, de la même loi, le ministère public doit indiquer ces circonstances atténuantes lorsqu'il procède à une citation directe pour un crime correctionnalisé.

B.5.3.1. Avant sa modification par l'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867, tel qu'il a été remplacé par la loi du 21 novembre 2009 et modifié par les lois des 27 décembre 2012 et 14 janvier 2013, disposait :



« Dans le cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel.

De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

La citation directe ou la convocation par le ministère public, ainsi que le renvoi par la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation en raison de circonstances atténuantes, ne sont possibles que dans les cas suivants :

- 1° si la peine prévue par la loi n'excède pas vingt ans de réclusion ;
- 2° s'il s'agit d'une tentative de crime qui est puni de la réclusion à perpétuité ;
- 3° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 216, alinéa 2, du Code pénal ;
- 4° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 347*bis*, §§ 2 et 4, du Code pénal ;
- 5° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 375, dernier alinéa, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 377*bis* du même Code ;
- 5°/1 s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 405*quater*, 6°, du Code pénal ;
- 6° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 408 du Code pénal ;
- 6°/1 s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 410*bis*, alinéa 3, 5°, du Code pénal ;
- 7° s'il s'agit d'un crime qui est visé aux articles 428, § 5, et 429 du Code pénal ;
- 8° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 473, dernier alinéa, du Code pénal ;
- 9° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 474 du Code pénal ;
- 10° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 476 du Code pénal ;
- 11° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 477*sexies* du Code pénal ;
- 12° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 513, alinéa 2, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 514*bis* du même Code ;
- 13° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 518, alinéa 2, du Code pénal ;
- 14° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 530, dernier alinéa, du Code pénal, qui est puni par application de l'article 531 du même Code et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 532*bis* du même Code ».

B.5.3.2. Avant sa modification par l'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 2, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867 restreignait, au moyen d'une liste limitative, les pouvoirs dont disposaient la chambre du conseil, la chambre des mises en accusation et le ministère public pour correctionnaliser un crime sur la base de circonstances atténuantes. La règle générale était la suivante : un crime que la loi punissait d'une réclusion de plus de vingt ans ne pouvait être correctionnalisé. Avant le remplacement de l'article 2 précité par l'article 230 de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises, la plupart des exceptions à cette règle étaient assorties d'une condition relative à la gravité des conséquences du crime pour la victime.

La loi du 21 décembre 2009 a supprimé cette condition et a ajouté à la liste limitative des crimes correctionnalisables, d'une part, la tentative de crime punissable de la réclusion à perpétuité et, d'autre part, certains crimes spécifiques que la loi punissait d'une réclusion de plus de vingt ans. L'article 21 de la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice et l'article 3 de la loi du 14 janvier 2013 modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes ont également étendu la liste limitative des crimes correctionnalisés, respectivement au crime visé à l'article 410*bis*, alinéa 3, 5°, du Code pénal et au crime visé à l'article 405*quater*, 6°, du Code pénal.

B.5.3.3. L'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016, a abrogé cette liste limitative, telle qu'elle figurait à l'article 2, alinéa 3, précité, de la loi du 4 octobre 1867. Par conséquent, la chambre du conseil, la chambre des mises en accusation et le ministère public peuvent désormais correctionnaliser tous les crimes en admettant des circonstances atténuantes, quelle que soit la durée maximale de la réclusion fixée par la loi pour ce crime et quelles que soient les conséquences de celui-ci pour la victime.

B.5.3.4. Les juridictions d'instruction et le ministère public ont donc toujours la possibilité de correctionnaliser un crime, en admettant des circonstances atténuantes, mais n'en ont jamais l'obligation. Abstraction faite de l'obligation de motiver les circonstances atténuantes prises en compte, la loi du 4 octobre 1867 ne contient toutefois aucun critère.

Le collège des procureurs généraux a adopté, dans sa circulaire n° 2/2016, du 17 février 2016, les directives suivantes :

« 2. Le ministère public applique le principe général selon lequel il requerra en chambre des mises en accusation le renvoi d'une affaire devant la Cour d'assises uniquement dans les cas où il estimera, à ce stade de la procédure, devoir requérir la peine de réclusion criminelle à perpétuité en raison de l'absence de circonstances atténuantes.

Cette absence de circonstances atténuantes doit être motivée dans le réquisitoire écrit déposé en chambre des mises en accusation ; elle peut par exemple résulter de la nature des faits eux-mêmes, du contexte dans lequel ils ont été commis ou de circonstances liées à la personnalité de l'inculpé.

3. Il va de soi que la mise en cause de plusieurs inculpés au sens des articles 66 à 69 du Code pénal emporte le renvoi de tous devant la Cour d'assises eu égard à la connexité, sans préjudice des circonstances atténuantes qui pourraient éventuellement être invoquées par un ou plusieurs de ces inculpés.

4. Pour apprécier le renvoi ou non d'une affaire devant la Cour d'assises, il convient de tenir compte de la présence d'antécédents judiciaires et/ou de condamnations antérieures.

L'existence d'antécédents (nature et nombre de délits ou de crimes, période à laquelle ils ont été commis) peut être en effet révélatrice de la personnalité criminelle de leur auteur.

Le total mathématique des condamnations antérieures n'est cependant pas en soi un critère décisif pour requérir le renvoi devant la Cour d'assises.

5. Les présentes directives constituent une forme d'appui et un critère de réflexion pour le magistrat qui devra décider de la saisine de telle ou telle juridiction, après examen approfondi de tous les éléments du dossier.

Par application de ce qui précède, le procureur général désignera dans son ressort (tout comme le procureur fédéral dans son parquet) un magistrat de référence en cette matière. Ce magistrat assistera et encadrera ses collègues dans le processus décisionnel ; il se tiendra informé du suivi des affaires criminelles importantes dans son ressort et mettra son expérience à profit pour répondre à toute question relative à l'application des présentes directives.

Il veillera à la cohérence du système et analysera notamment la jurisprudence de la chambre des mises en accusation en cette matière ».

B.5.3.5. Lorsqu'un crime est correctionnalisé en raison de la prise en considération de circonstances atténuantes par les juridictions d'instruction ou par le ministère public, le crime est réputé avoir été un délit dès le jour où il a été commis (Cass., 28 mai 1997, *Pas.*, 1997, n° 243 ; Cass., 5 février 2003, *Pas.*, 2003, n° 85).

B.5.4. Alors que la possibilité de correctionnaliser un crime en prenant en considération des circonstances atténuantes était à l'origine réservée aux juridictions d'instruction, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1994 relative aux tribunaux de police et portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice pénale, cette possibilité est également ouverte au ministère public, lorsqu'il cite directement le prévenu devant la juridiction de jugement.

Lorsque le ministère public correctionnalise un crime, la citation doit énoncer les circonstances atténuantes prises en considération.

B.5.5.1. Avant sa modification par l'article 122, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 3 de la loi du 4 octobre 1867 disposait :

« Le tribunal correctionnel, devant lequel l'inculpé est renvoyé, ne peut décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

Il peut cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse s'il est saisi en application de l'article 2, alinéa 2.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse lorsqu'il constate que le crime dont il a été saisi n'a pas été correctionnalisé et peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3 ».

L'article 122, attaqué, de la loi du 5 février 2016 a abrogé, dans l'article 3, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867, les mots « et peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3 », étant donné que l'article 2, alinéa 3, auquel il est fait référence, a été abrogé par l'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016.

B.5.5.2. En vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 octobre 1867, le tribunal correctionnel devant lequel un crime est renvoyé avec admission de circonstances atténuantes ne peut décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, si le renvoi a été prononcé par la chambre du conseil ou par la chambre des mises en accusation. Ainsi, les circonstances atténuantes régulièrement admises par la chambre du conseil ou par la chambre des mises en accusation sont contraignantes pour la juridiction de jugement, qui ne peut rejeter l'existence de celles-ci. De cette manière, les juridictions d'instruction décident à l'avance que la juridiction de jugement, si elle déclare les faits prouvés, doit tenir compte de circonstances atténuantes pour fixer le taux de la peine.

En vertu de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867, le tribunal correctionnel devant lequel les auteurs présumés d'un crime sont cités avec admission de circonstances atténuantes peut cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, si la saisine de la juridiction résulte d'une citation directe par le ministère public. Le fait que le ministère public indique des circonstances atténuantes n'est donc pas contraignant pour le tribunal correctionnel. Néanmoins, si le tribunal correctionnel se déclare compétent, il est tenu de prendre en compte les circonstances atténuantes indiquées par le ministère public.

B.5.6. L'article 4 de la loi du 4 octobre 1867, qui n'a pas été modifié par la loi attaquée du 5 février 2016, dispose :

« Lorsque le fait imputé est punissable de l'emprisonnement ou de l'amende et que, sur le rapport du juge d'instruction ou sur le réquisitoire du ministère public, la chambre du conseil est d'avis qu'il y a lieu de réduire ces peines au taux de peines de police, elle peut renvoyer l'inculpé devant le tribunal de police compétent, en énonçant les circonstances atténuantes.

De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine de police en raison de circonstances atténuantes, citer ou convoquer directement le prévenu devant le tribunal de police compétent en indiquant ces circonstances atténuantes ».

Avant sa modification par l'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 5 de la loi du 4 octobre 1867 disposait :

« Le tribunal de police devant lequel le prévenu sera renvoyé ne pourra décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, et il pourra prononcer les peines de police.

Il pourra cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes s'il est saisi en application de l'article 4, alinéa 2.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes que la chambre du conseil, la chambre de mise en accusation ou le ministère public a omis d'énoncer lorsqu'il a été saisi du fait mentionné à l'article 4, alinéa 1^{er} ».

L'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016 a abrogé l'article 5, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867. En conséquence de cette abrogation, le tribunal de police ne peut jamais décliner sa compétence, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, qu'il s'agisse d'un renvoi par la chambre du conseil ou d'une citation directe par le ministère public.

B.6.1. Les articles 6, 121 et 122, attaqués, de la loi du 5 février 2016 sont indissociablement liés, étant donné qu'ils visent tous, dans le prolongement des réformes antérieures qui poursuivaient le même objectif, à permettre la correctionnalisation d'un maximum de crimes et donc à soustraire leur traitement à la Cour d'assises, en faveur du tribunal correctionnel, qui peut infliger désormais des peines d'emprisonnement bien plus longues.

Dans les travaux préparatoires de la loi attaquée, l'objectif de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes est justifié comme suit (art. 121 de la loi du 5 février 2016) :

« Au fil des réformes successives, la possibilité de correctionnaliser les crimes s'est considérablement étendue, de sorte à permettre aux tribunaux correctionnels de connaître de la plupart des affaires de nature criminelle.

Le maintien de catégories de crimes non correctionnalisables n'a plus de raison d'être.

La procédure d'assises est extrêmement lourde.



En cas de cassation du verdict – dont le risque est très largement supérieur à celui des arrêts rendus par des magistrats professionnels – la procédure doit être recommencée devant une autre Cour d’assises.

L’engorgement de la Cour d’assises est tel que des accusés en détention préventive doivent être remis en liberté dans l’attente de leur jugement faute de pouvoir ouvrir la session dans un délai raisonnable après l’arrêt de prise de corps.

La complexité croissante – et indépendante de la qualification des faits – de certains dossiers, des techniques d’enquête et de la législation, l’obligation de motiver le verdict (certes avec l’assistance de la cour), la surcharge de travail qu’implique cette procédure pour les magistrats, la désorganisation des chambres des cours d’appel et des tribunaux correctionnels du fait de l’affectation temporaire de juges à cette juridiction non permanente, le risque de menaces ou pressions sur les jurés, etc. ont amené le Conseil supérieur de la Justice, composé paritairement de magistrats et de non-magistrats, à se prononcer, dans son avis rendu le 28 janvier 2009, en faveur de la suppression de cette juridiction [...].

Les chefs de corps du siège et du parquet se sont également prononcés dans ce sens [...].

Une telle réforme n’est pas proposée ici. Elle exigerait d’ailleurs la révision de l’article 150 de la Constitution.

[...]

En conclusion, il s’impose de laisser à l’appréciation du parquet, des juridictions d’instruction et, conformément à l’avis du Conseil d’État, du juge du fond (en cas de citation directe par le parquet) la responsabilité de juger, au cas par cas, quelles affaires seront respectivement jugées le mieux par la Cour d’assises ou par les juridictions correctionnelles.

[...]

En revanche, comme rappelé précédemment, le projet ne vise nullement à aboutir à une correctionnalisation systématique et aveugle de tous les crimes, à vider subrepticement la Cour d’assises de toute substance.

La procédure d’assises reste bien applicable aux crimes qui paraissent réellement mériter d’être portés devant elle. Elle est même améliorée par le présent projet.

Le Ministère public peut fixer, dans une circulaire, des critères permettant aux magistrats du ministère public de déterminer les affaires dont il convient de requérir le renvoi devant la Cour d’assises, notamment pour garantir l’uniformité des pratiques dans les différents arrondissements du Royaume. Si cette circulaire est émise en vertu de l’article 143bis du Code judiciaire, le consensus requis paraît

de nature à garantir une position équilibrée » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 112-115).

L'objectif consistant à augmenter les peines pour les crimes correctionnalisés (art. 6 de la loi du 5 février 2016) a été présenté comme une conséquence nécessaire de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser des crimes. À cet égard, les travaux préparatoires de la loi attaquée mentionnent :

« Ces modifications découlent de la généralisation de la 'correctionnalisabilité' des crimes (*cf.* Chapitre 2 du Titre III du présent projet, concernant l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes).

La possibilité de correctionnaliser tous les crimes – y compris les plus graves – que le présent projet vise à introduire impose de déterminer le plafond de la peine d'emprisonnement en cas de correctionnalisation des crimes punissables de la réclusion à perpétuité (p. ex. un assassinat). Il est proposé de fixer ce plafond à quarante ans.

Il convient également de revoir le plafond de la peine d'emprisonnement en cas de correctionnalisation des crimes punissables de la réclusion de vingt à trente ans, dont seule une partie de ces derniers était correctionnalisable jusqu'ici. Le meurtre, par exemple, était considéré comme étant trop grave pour pouvoir être correctionnalisé. Il est proposé de porter ce plafond de vingt à vingt-huit ans. Certes, dans son avis (n° 21), le Conseil d'État exprime la crainte que la différence minimale (2 ans) de la durée de privative de liberté maximale prévue avant et après correctionnalisation ne conduise à retenir les circonstances atténuantes de manière impropre. Il est répondu ci-dessous à cette crainte, en rappelant la portée de l'obligation de motiver cette décision (*cf. infra*, commentaire de la modification proposée de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867).

Le plafond de la peine d'emprisonnement en cas de correctionnalisation d'un crime punissable de la (nouvelle) peine de réclusion ou détention de trente à quarante ans est fixé à trente-huit ans.

[...]

Les juridictions correctionnelles pourront donc dorénavant prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à quarante ans, contre vingt ans aujourd'hui.

Le double degré de juridiction – dont l'absence en matière d'assises est souvent critiquée mais paraît peu compatible avec le système du jury populaire – et la collégialité des chambres correctionnelles, à tout le moins de la cour d'appel, paraissent à cet égard des garde-fous suffisants » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 5-6).



B.6.2. Comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État, la notion de « circonstances atténuantes » est ainsi dénaturée, étant donné que cette notion est principalement utilisée en vue de déterminer le juge compétent pour connaître d'une affaire criminelle, plutôt qu'en vue d'individualiser le taux de la peine :

« Il n'en demeure pas moins que la doctrine, à juste titre, a formulé un grand nombre de critiques sur la manière dont la correctionnalisation est appliquée dans la pratique. Ces critiques considèrent en substance qu'une technique qui devrait avoir pour objectif de permettre d'adapter la peine lorsqu'il existe des 'circonstances atténuantes', est principalement, voire exclusivement utilisée pour 'dénaturer' l'infraction et mettre ainsi la Cour d'assises hors-jeu. À cet égard, les critiques relèvent que la correctionnalisation est appliquée systématiquement. Dans tous les cas, ou presque, pour lesquels la loi permet une correctionnalisation, elle a effectivement lieu. Cela s'explique notamment par le fait qu'il existe une très large gamme de circonstances relatives, tant à la personne de l'auteur, qu'au crime commis, qui sont admises comme circonstances atténuantes et que les juridictions d'instruction décident souverainement en la matière, en dehors du contrôle de la Cour de cassation. Les critiques soulignent qu'en réalité, des circonstances atténuantes ne doivent pas être constatées par les juridictions d'instruction, préalablement au procès pénal, mais par le juge pénal, lequel se prononce d'abord sur la culpabilité et fixe ensuite le taux de la peine en tenant éventuellement compte de circonstances atténuantes. Ils dénoncent également la motivation lacunaire de la décision de correctionnalisation. Bien que la loi impose expressément que la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation ne peut renvoyer l'inculpé devant le tribunal correctionnel que 'par une ordonnance motivée', la motivation demeure souvent limitée à des formules de style. Ces constatations conduisent à conclure que la correctionnalisation est un 'quasi automatisme' et une 'construction artificielle', qu'elle a un caractère exorbitant et artificiel, qu'elle n'a plus grand-chose à voir avec une individualisation adéquate du taux de la peine pour tenir compte de circonstances atténuantes, mais qu'elle recherche avant tout son effet secondaire : éviter la Cour d'assises. C'est également la raison pour laquelle il est plaidé pour mettre un terme à cet 'abus' d'une technique qui, déjà en 1867, était présentée comme un régime provisoire et pour soit revoir l'article 150 de la Constitution, soit modifier les critères de base de la classification des infractions inscrits à l'article 1^{er} du Code pénal et ne plus qualifier de 'crimes' relevant de la compétence de la Cour d'assises qu'un nombre limité d'infractions » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 269).

B.7. Les parties requérantes font valoir que les dispositions attaquées ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11, 12, 13, 14, 23 et 150 de la Constitution, combinés avec les articles 6, 7 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec les articles 14, 15 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, avec le principe de bonne législation, avec le principe du raisonnable, avec le principe de légalité en matière pénale, avec le droit à un procès équitable et avec l'interdiction de l'abus de droit.



Il ressort de l'exposé des moyens que la Cour doit se prononcer sur la compatibilité des dispositions attaquées avec le droit d'accès au juge désigné par la loi, en ce que, du fait de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser, la toute grande majorité des crimes n'est plus jugée par la Cour d'assises, alors qu'il découle de l'article 150 de la Constitution que le jury est le juge naturel en toutes matières criminelles. L'usage de la notion de « circonstances atténuantes » à cette fin serait inapproprié, étant donné qu'il ne s'agit pas d'individualiser la peine, mais bien de modifier la compétence des juridictions pour connaître des affaires criminelles. La légère diminution de la peine maximale après correctionnalisation démontrerait du reste qu'il n'est pas question d'un quelconque adoucissement de la peine.

Les parties requérantes dénoncent également le fait que les juridictions d'instruction et le ministère public disposent d'une trop grande liberté pour déterminer la juridiction compétente pour un fait qualifié de crime, alors qu'elle devrait être désignée par la loi. Le prévenu n'aurait aucune connaissance des motifs qui justifient son renvoi devant une juridiction plutôt que devant une autre. Le principe de la sécurité juridique et le principe de légalité en matière pénale seraient violés, en ce que le prévenu ne pourrait évaluer les conséquences de ses actes. L'égalité des armes serait également violée lorsque la correctionnalisation résulte d'une citation directe par le ministère public, qui est lui-même partie au procès.

Selon les parties requérantes, le droit à un procès équitable serait également violé, en ce que la juridiction d'instruction qui décide de ne pas correctionnaliser une affaire préjugerait déjà que la peine la plus lourde possible doit être appliquée et que la Cour d'assises ne pourrait tenir compte d'aucune circonstance atténuante.

Il serait également question d'une inégalité de traitement entre les personnes inculpées pour un crime correctionnalisé et les personnes inculpées pour un délit contraventionnalisé, étant donné que le prévenu devant le tribunal de police ne peut être condamné à plus de sept jours d'emprisonnement, alors que le tribunal correctionnel peut prononcer des peines d'emprisonnement dépassant largement les cinq ans.

Le principe d'égalité et de non-discrimination serait également violé en ce que des inculpés qui se trouvent dans des situations comparables, voire identiques, seraient traités différemment selon l'appréciation subjective de la juridiction d'instruction concernée ou le magistrat du parquet concerné.

Étant donné que le fait d'éviter le renvoi d'un grand nombre d'affaires devant le jury populaire implique que les citoyens ne peuvent plus participer à l'élaboration de la jurisprudence pénale, les dispositions attaquées limiteraient en outre le droit à l'épanouissement social, sans que des motifs liés à l'intérêt général le justifient.

B.8.1. L'article 13 de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne ».

Le droit d'accès au juge serait vidé de tout contenu s'il n'était pas satisfait aux exigences du procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par un principe général de droit. Par conséquent, lors d'un contrôle au regard de l'article 13 de la Constitution, il convient de tenir compte de ces garanties.

L'article 150 de la Constitution dispose :

« Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie ».

B.8.2. L'article 12 de la Constitution, avant la révision du 24 octobre 2017, disposait :

« La liberté individuelle est garantie.

Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

L'article 14 de la Constitution dispose :

« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

Ces dispositions constitutionnelles doivent être lues en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, également invoqués, qui garantissent des droits et libertés analogues.

B.8.3. L'article 23 de la Constitution dispose :

« Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment :

[...]

5° le droit à l'épanouissement culturel et social ;

[...] ».

L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;

[...] ».

B.9. L'article 13 de la Constitution, précité, garantit à toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation le droit d'être jugées selon les mêmes règles en ce qui concerne la compétence et la procédure. Une différence de traitement à cet égard doit donc être raisonnablement justifiée.

Cette disposition garantit aussi que la compétence des juridictions découle de « la loi » et que le justiciable peut toujours savoir, sur la base de critères objectifs, quel est le juge compétent pour connaître des litiges dans lesquels il est impliqué.

La garantie inscrite à l'article 13 de la Constitution est d'autant plus importante lorsque le juge compétent est désigné, non pas par « la loi », mais, comme c'est le cas en l'espèce, par la Constitution.

B.10. En vertu de l'article 150 de la Constitution, la Cour d'assises est compétente « en toutes matières criminelles ». Comme cette disposition constitutionnelle ne définit pas la notion de « matières criminelles », le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour délimiter les compétences respectives de la Cour d'assises et des tribunaux correctionnels. À cet égard, il peut notamment tenir compte de la nature des faits commis, de la peine prévue par la loi et de la gravité et des conséquences de l'infraction pour la victime et pour la société.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a observé dans son avis relatif à l'avant-projet de la loi attaquée, cette marge d'appréciation connaît cependant des limites, étant donné que l'article 150 de la Constitution impose au législateur de réserver au moins au jury les crimes les plus graves (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 266*).

B.11.1. Les articles 6 et 121, attaqués, de la loi du 5 février 2016 ont pour effet que tous les crimes peuvent désormais être correctionnalisés, même s'ils sont punissables de la réclusion à perpétuité, les tribunaux correctionnels pouvant dorénavant prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à quarante ans pour punir de tels crimes correctionnalisés.

B.11.2. Comme il est dit en B.4.2, la peine d'emprisonnement maximale pouvant être prononcée par les tribunaux correctionnels pour punir des crimes correctionnalisés a systématiquement augmenté. Si, en vertu des articles 1^{er} et 25, alinéa 1^{er}, du Code pénal, les tribunaux correctionnels peuvent en principe toujours prononcer une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans pour punir un délit, ils pouvaient, pour punir un crime correctionnalisé, prononcer, depuis la loi du 1^{er} février 1977, une peine d'emprisonnement de dix ans au plus, et, depuis la loi du 21 décembre 2009, une peine d'emprisonnement de vingt ans au plus. L'article 6, attaqué, de la loi du 5 février 2016 a une nouvelle fois doublé ce plafond. La peine maximale que les tribunaux correctionnels peuvent infliger pour punir un crime correctionnalisé est donc aujourd'hui huit fois plus élevée que le taux de la peine que ces mêmes tribunaux peuvent infliger pour punir un délit.

B.11.3. L'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016 ayant abrogé la liste limitative des crimes correctionnalisables, la décision de correctionnalisation n'est plus soumise au moindre critère matériel, abstraction faite de l'existence de circonstances atténuantes. Auparavant, en revanche, la liste limitative reprenait le principe selon lequel un crime que la loi punissait d'une peine de réclusion de plus de vingt ans ne pouvait pas être correctionnalisé et le législateur subordonnait la correctionnalisation de certains crimes que la loi punissait d'une peine de réclusion de plus de vingt ans au respect de critères relatifs à la gravité et aux conséquences du crime pour la victime, ainsi qu'à la circonstance que le crime n'avait pas été entièrement accompli.

B.11.4. Depuis l'entrée en vigueur des articles 6 et 121, attaqués, de la loi du 5 février 2016, il n'est donc plus exact que la loi réserve l'examen des crimes les plus graves à la juridiction que l'article 150 de la Constitution assigne aux personnes poursuivies pour de tels crimes. Tout crime peut en effet être porté soit devant le tribunal correctionnel, soit devant la Cour d'assises, en fonction d'une décision prise par les juridictions d'instruction ou par le ministère public. Les deux juridictions sont pourtant fondamentalement différentes, notamment en ce qui concerne la convocation des témoins, l'appréciation de la question de la culpabilité et la possibilité d'interjeter appel.

La circonstance qu'un crime correctionnalisé constitue un délit du fait d'un tel renvoi ne porte pas atteinte à cette constatation.

B.12. En prévoyant de généraliser la possibilité de correctionnalisation des crimes et d'augmenter le taux de la peine pouvant être prononcée par les tribunaux correctionnels, le législateur poursuit les objectifs mentionnés en B.6.1.

Bien que les dispositions attaquées réforment principalement le régime des circonstances atténuantes, les objectifs précités ne concernent pas la politique d'individualisation de la peine fondée sur les caractéristiques de l'infraction ou de l'auteur de celle-ci mais ont trait à la politique relative à la compétence des juridic-

tions et tendent en particulier à soustraire des affaires à la compétence de la Cour d'assises. À cet égard, la section de législation du Conseil d'État a souligné que :

« Pour justifier la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes, l'exposé des motifs ne fournit aucun argument relatif à une répression adaptée en cas de circonstances atténuantes, mais exclusivement des arguments contre la cour d'assises : procédure trop lourde et trop coûteuse, engorgement de la cour d'assises avec des conséquences pour la détention préventive, la complexité de certains dossiers, l'obligation de motivation, la surcharge de travail pour les magistrats, la désorganisation des chambres des cours d'appel et des tribunaux correctionnels du fait de l'affectation temporaire de magistrats à cette juridiction non permanente, le risque de menaces ou pressions sur les jurés, etc.

Le Conseil d'État ne souhaite pas se prononcer sur ces motifs, mais tient néanmoins à souligner qu'en réalité ceux-ci doivent figurer dans une proposition soit de révision de l'article 150 de la Constitution, soit de révision des dispositions du Code pénal, qui classent les infractions en crimes, délits et contraventions, à l'aide de peines que la loi prévoit pour chacune de ces catégories » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 279-280).

B.13. Les dispositions attaquées peuvent avoir pour conséquence de soustraire tous les crimes au juge désigné par la Constitution. Ainsi, le président du collège des cours et tribunaux a-t-il déclaré, lors des travaux préparatoires, que ce collège était favorable à la généralisation de la correctionnalisation « qui aura pour effet d'entraîner une quasi suppression de la procédure d'assises » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 182).

Cette conséquence ressort également de la circulaire du collège des procureurs généraux, mentionnée en B.5.3.4, dans laquelle ceux-ci recommandent que le ministère public ne demande plus le renvoi d'une affaire devant la Cour d'assises que s'il estime, à ce moment-là, qu'il requerra la peine de réclusion à perpétuité, en raison de l'absence de circonstances atténuantes. Par conséquent, le ministère public ne requerra plus le renvoi devant la Cour d'assises pour des crimes qui ne sont plus punis de la réclusion à perpétuité et requerra en principe la correctionnalisation, même pour les crimes que la loi punit de la réclusion à perpétuité, sauf s'il n'existe pas de circonstances atténuantes.

En précisant en outre que c'est l'absence de circonstances atténuantes qui doit être motivée dans le réquisitoire écrit déposé en chambre des mises en accusation, cette circulaire exige que le ministère public motive les cas dans lesquels il accepte de faire juger un crime par le juge désigné par la Constitution.

B.14.1. Les dispositions attaquées n'indiquent ni aux juridictions d'instruction ni au ministère public le moindre critère pour déterminer les affaires qui doivent être correctionnalisées ou non. Il ressort des travaux préparatoires mentionnés en B.6.1 que cette absence de critères a expressément été voulue par le législateur.



Le seul critère permettant aux juridictions d'instruction et au ministère public de déterminer si un crime est jugé par la Cour d'assises ou par le tribunal correctionnel est donc celui des circonstances atténuantes.

B.14.2. Le critère des circonstances atténuantes était aussi utilisé avant l'entrée en vigueur des dispositions attaquées pour soustraire des affaires à la Cour d'assises. Le tribunal correctionnel était alors toujours tenu, après correctionnalisation, de prononcer une peine privative de liberté inférieure à celle que l'accusé risquait de se voir infliger par la Cour d'assises.

Or, comme il est dit en B.4.3, les tribunaux correctionnels peuvent désormais prononcer, pour les catégories d'infractions les plus graves, des peines d'emprisonnement de peu inférieures à la réclusion maximale que l'accusé risque de se voir infliger par la Cour d'assises.

Étant donné que la durée maximale de la peine d'emprisonnement infligée par les tribunaux correctionnels pour les trois catégories de crimes correctionnalisés les plus graves est supérieure à la durée minimale de la réclusion que la Cour d'assises peut infliger, il n'est du reste pas garanti que la correctionnalisation soit à l'avantage de l'intéressé en ce qui concerne le taux de la peine.

La notion de « circonstances atténuantes » est donc dénaturée, en ce qu'elle est principalement utilisée pour déterminer la compétence des juridictions, cependant que la correctionnalisation a une incidence minime sur la durée de la peine privative de liberté.

B.14.3. La réglementation attaquée ne garantit donc pas que des personnes qui se trouvent dans des situations identiques soient jugées selon les mêmes règles de compétence et de procédure. Dans cette optique, le Conseil supérieur de la Justice a observé, dans un avis rendu d'office le 29 juin 2015 :

« À propos des mesures envisagées, le CSJ s'inquiète essentiellement de l'absence, dans l'avant-projet de loi, de tout critère permettant de déterminer les crimes qui, dans la pratique, feront l'objet d'une correctionnalisation par le parquet ou par la Chambre des mises en accusation, et ceux qui ne seront pas correctionnalisés. Nonobstant l'existence d'une probable circulaire prise en la matière par le Collège des Procureurs généraux, cette absence de critères objectifs mènera, selon le CSJ, à des différences de traitement importantes entre les justiciables, en fonction notamment de la politique criminelle de l'arrondissement dans lequel s'exercent les poursuites et d'autres critères subjectifs, ce qui n'est pas acceptable. À titre d'exemple, il est probable qu'il y ait à l'avenir plus de correctionnalisations dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles qu'ailleurs, vu la liste d'attente pour l'organisation de sessions de Cours d'assises dans cet arrondissement (ce constat prendra du reste d'autant plus de sens avec l'entrée en vigueur de la loi réformant l'organisation judiciaire dans le courant de l'année 2017 et l'obligation

qu'elle imposera aux juridictions d'avoir une gestion autonome de leur budget de fonctionnement).

Le CSJ estime que ces discriminations potentielles entre les justiciables sont d'autant plus inacceptables que dans un cas de figure (en cas de correctionnalisation), il sera possible d'interjeter appel à l'encontre de la décision prononcée au fond tandis que dans l'autre cas de figure (en cas de renvoi devant la Cour d'assises), la décision rendue au fond par la Cour d'assises sera rendue en dernier ressort et ne sera susceptible d'aucun recours (à l'exception d'un pourvoi en cassation » (CSJ, Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale, 29 juin 2015, *www.csj.be*, p. 10).

Contrairement à ce qu'affirme le Conseil des ministres, l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, inscrite à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution, ne justifie pas cette différence de traitement. L'indépendance quant à la politique criminelle menée appartient du reste uniquement au ministère public et ne concerne pas les juridictions d'instruction. Il ressort pourtant des chiffres donnés par le ministre de la Justice dans les travaux préparatoires que la toute grande majorité des décisions de correctionnalisation sont prises par les juridictions d'instruction (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 2*).

B.15.1. Le moyen unique dans les affaires n^{os} 6492 et 6495, le troisième moyen dans l'affaire n^o 6496, en ses première et troisième branches, et le sixième moyen dans l'affaire n^o 6497 sont fondés. Partant, les articles 6 et 121 de la loi du 5 février 2016 doivent être annulés.

B.15.2. Étant donné que les articles 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 36, 122, 151, 155 et 170, 2^o, de la loi du 5 février 2016 sont indissociablement liés aux articles 6 et 121 de cette même loi, il y a lieu d'annuler ces dispositions.

B.16.1. En vertu de l'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016, le tribunal de police ne peut plus décliner sa compétence, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, lorsqu'un délit est contraventionnalisé, sur la base de circonstances atténuantes, dans une citation directe par le ministère public. En vertu de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867, en revanche, le tribunal correctionnel peut toujours décliner sa compétence, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, lorsqu'un crime est correctionnalisé, sur la base de l'existence de circonstances atténuantes, dans une citation directe par le ministère public.

B.16.2. Dans l'avant-projet de la loi attaquée, l'article 122 prévoyait à l'origine qu'en ce qui concerne les circonstances atténuantes, le tribunal correctionnel ne pourrait plus décliner sa compétence lorsqu'un crime est correctionnalisé, en raison de l'existence de circonstances atténuantes, dans une citation directe par le ministère public. À cet égard, la section de législation du Conseil d'État a toutefois souligné dans son avis que :



« 24. Un autre aspect du régime en projet pose problème à la lumière de l'article 150 de la Constitution. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1994, l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867, [...] permet également au ministère public, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, de citer directement ou de convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse. En application de l'article 3, alinéa 2, de cette même loi, le tribunal correctionnel devant lequel le prévenu est renvoyé peut cependant, dans cette hypothèse, décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

En vertu du régime en projet, le ministère public pourra désormais aussi citer directement devant le tribunal correctionnel les prévenus de tous les crimes, à l'exception des deux mentionnés à l'article 2, alinéa 3, en projet, de la loi du 4 octobre 1867. Contrairement à ce que prévoit la réglementation actuelle, le tribunal correctionnel ne pourra toutefois plus, selon le régime en projet, se déclarer incompétent.

25. Même si cette situation ne se produira pas souvent dans la pratique, le régime en projet n'exclut pas que le tribunal correctionnel qui, après un examen approfondi de tous les éléments de l'affaire, arrive à la conclusion qu'aucune circonstance atténuante ni cause d'excuse ne peut être retenue et qu'il y a lieu de prononcer une peine criminelle plus sévère que la peine correctionnelle maximale qui se présente à lui, devra néanmoins se limiter à prononcer cette peine moins sévère. Ce régime implique que le ministère public peut empêcher que les peines les plus sévères – la réclusion à perpétuité ou la détention à perpétuité qui ne peuvent être infligées que par la Cour d'assises, soient prononcées. L'acceptation de circonstances atténuantes par le ministère public ne peut en effet être contestée par le tribunal correctionnel et ne peut pas non plus être attaquée dans un moyen de droit.

Le régime se heurte par conséquent à l'article 150 de la Constitution qui exige que les crimes les plus graves – pour lesquels la loi a prévu une réclusion à perpétuité ou une détention à perpétuité – soient jugés par la Cour d'assises, à moins que la loi n'ait déclaré que le crime pouvait être correctionnalisé et qu'une juridiction indépendante et impartiale – qu'il s'agisse d'une juridiction d'instruction ou du juge de fond – ait constaté que des circonstances atténuantes ou des causes d'excuse peuvent justifier une peine moins sévère » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 273-274).

À la suite de cette critique, l'avant-projet de loi a été adapté. Étant donné que l'article 123, attaqué, n'a toutefois pas été adapté, la loi attaquée fait naître la différence de traitement mentionnée en B.16.1.

B.16.3. En vertu de l'article 179 du Code d'instruction criminelle, les tribunaux correctionnels connaissent de tous les délits dont la peine excède sept jours d'emprisonnement et vingt-cinq francs d'amende, sans préjudice de la compétence attribuée à d'autres juridictions. En vertu de l'article 137 du même Code, les tribunaux de police connaissent des contraventions.

B.16.4. Dans la mesure où la disposition attaquée permet au ministère public, sur la seule base du critère des circonstances atténuantes, de soustraire une infraction au tribunal correctionnel et de la porter devant le tribunal de police, sans qu'une juridiction d'instruction ou une juridiction de jugement puisse exercer un contrôle à cet égard, elle n'est pas compatible avec l'article 13 de la Constitution.

Dès lors que le ministère public est une des parties au procès pénal, cette possibilité qui lui est offerte n'est pas non plus compatible avec le droit à l'égalité des armes.

B.16.5. Étant donné que la disposition attaquée exclut le contrôle juridictionnel, par le juge du fond, de la contraventionnalisation en cas de citation directe par le ministère public, alors que la correctionnalisation en cas de citation directe par le ministère public est soumise au contrôle juridictionnel du juge du fond, elle n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.16.6. Le troisième moyen dans l'affaire n° 6496 est fondé en sa deuxième branche. Par conséquent, il convient d'annuler l'article 123 de la loi du 5 février 2016.

B.17. Afin d'éviter toute insécurité juridique, il convient de maintenir, en application de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les effets des dispositions annulées comme il est indiqué dans le dispositif.

La mini-instruction

B.18. Les parties requérantes dans les affaires n°s 6494, 6496 et 6497 demandent l'annulation de l'article 63 de la loi du 5 février 2016. Elles font valoir que cette disposition n'est pas compatible avec les articles 10, 11, 15, 16 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.19.1. L'article 63 attaqué de la loi du 5 février 2016 dispose :

« À l'article 28^{septies} du [Code d'instruction criminelle], inséré par la loi du 12 mars 1998 et remplacé par la loi du 27 décembre 2005, les modifications suivantes sont apportées :



1° les mots ‘, des actes d’instruction tels qu’ils sont prévus aux articles 56*bis*, alinéa 2, et 89*ter* ainsi que de la perquisition,’ sont remplacés par les mots ‘et des actes d’instruction tels qu’ils sont prévus aux articles 56*bis*, alinéa 2, et 89*ter*,’.

2° l’article est complété par un alinéa rédigé comme suit :

‘En cas de nouveau réquisitoire sur la base de l’alinéa 1^{er} dans un même dossier, le même juge d’instruction en est saisi s’il est encore en fonction’ ».

L’article 28*septies* du Code d’instruction criminelle, ainsi modifié, dispose :

« Le procureur du Roi peut requérir du juge d’instruction l’accomplissement d’un acte d’instruction pour lequel seul le juge d’instruction est compétent, à l’exception du mandat d’arrêt tel qu’il est prévu par l’article 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, du témoignage anonyme complet tel qu’il est prévu à l’article 86*bis*, de la mesure de surveillance telle qu’elle est prévue par l’article 90*ter* et des actes d’instruction tels qu’ils sont prévus aux articles 56*bis*, alinéa 2, et 89*ter*, sans qu’une instruction soit ouverte. Après l’exécution de l’acte d’instruction accompli par le juge d’instruction, celui-ci décide s’il renvoie le dossier au procureur du Roi qui est responsable de la poursuite de l’information ou si, au contraire, il continue lui-même l’enquête, auquel cas il est procédé conformément aux dispositions du Chapitre VI du présent Livre. Cette décision n’est susceptible d’aucun recours.

En cas de nouveau réquisitoire sur la base de l’alinéa 1^{er} dans un même dossier, le même juge d’instruction en est saisi s’il est encore en fonction ».

B.19.2. Étant donné que les griefs des parties requérantes sont uniquement dirigés contre l’article 63, 1°, de la loi du 5 février 2016, qui étend à la perquisition le champ d’application de la « mini-instruction » telle qu’elle est réglée à l’article 28*septies* du Code d’instruction criminelle, la Cour limite son examen à cette disposition.

B.20.1. L’article 28*septies* du Code d’instruction criminelle, qui a été inséré par la loi du 12 mars 1998 relative à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction, dispose que le procureur du Roi peut requérir du juge d’instruction l’accomplissement d’un acte d’instruction pour lequel seul le juge d’instruction est compétent, sans qu’une instruction soit ouverte. Cette procédure, appelée la « mini-instruction », constitue une exception au principe selon lequel les actes d’information ne peuvent comporter aucun acte de contrainte ni porter atteinte aux libertés et aux droits individuels (art. 28*bis*, § 3, al. 1^{er}, du Code d’instruction criminelle), de sorte qu’un tel acte d’instruction ne peut en principe être accompli que dans le cadre d’une instruction.

En instaurant la mini-instruction par la loi du 12 mars 1998, le législateur avait l’intention « d’une part, de décharger le juge d’instruction des affaires pénales relativement simples ou petites de manière à ce qu’il puisse se consacrer à des

affaires plus complexes, d'autre part, d'éviter la procédure relativement lourde allant de pair avec une instruction (règlement de la procédure, disposition de la Chambre du Conseil, appel devant la Chambre des mises en accusation, [...], ...) pour ces simples affaires pénales, de sorte que le Ministère public puisse, le cas échéant, les traiter directement ou les classer sans suite » (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, pp. 37 et 38).

Le législateur souhaitait offrir « des garanties suffisantes aux fins d'éviter que l'instruction soit vidée de toute substance ou que certains droits fondamentaux soient compromis » (*ibid.*, p. 38). Pour cette raison, certains actes d'instruction, notamment la perquisition, le mandat d'arrêt et l'écoute et l'enregistrement de communications et télécommunications privées, ont été exclus du champ d'application de la mini-instruction. Un droit d'évocation a en outre été attribué au juge d'instruction, qui, après l'accomplissement de l'acte d'instruction requis, peut décider de poursuivre lui-même l'ensemble de l'instruction. Cette décision du juge d'instruction d'évoquer ou non l'affaire n'est susceptible d'aucun recours.

B.20.2. La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins a ajouté, dans l'article 28*septies* du Code d'instruction criminelle, le « témoignage anonyme complet » aux actes d'instruction qui sont exclus du champ d'application de la mini-instruction. Cette exclusion a été justifiée par le fait qu'il s'agit d'« un mode de preuve exceptionnel, exorbitant du droit commun en ce qu'il porte atteinte au droit de défense [et] de contradiction consacré par l'article 6 de la C.E.D.H. » (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-1185/007, p. 2).

B.20.3. Par suite de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, la mini-instruction a été rendue possible pour l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation (art. 56*bis*, al. 2, du Code d'instruction criminelle) et pour le contrôle visuel discret (art. 89*ter* du Code d'instruction criminelle). Il fut ensuite ajouté un alinéa 3 à l'article 28*septies* du Code d'instruction criminelle, qui excluait le droit d'évocation du juge d'instruction pour les actes d'instruction précités.

Par son arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, la Cour a annulé l'alinéa 3 précité de l'article 28*septies* du Code d'instruction criminelle, de même que les articles 56*bis*, alinéa 2, et 89*ter* du même Code, en ce qu'ils peuvent être appliqués en combinaison avec l'article 28*septies* précité.

La Cour a jugé relativement à l'observation :

« B.5.7.4. L'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation est une mesure qui peut être comparée, en ce qui concerne l'ingérence dans les droits garantissant la vie privée, à la perquisition et aux écoutes et enregistrements des communications et télécommunications

privées autorisés par l'article 90^{ter} du C.i. cr. Or, ces deux mesures sont expressément exclues du champ d'application de l'article 28^{septies} précité.

En excluant de la mini-instruction ces deux mesures, ainsi que le mandat d'arrêt, le législateur, qui entendait 'décharger le juge d'instruction des affaires pénales relativement simples ou petites', voulait toutefois 'offrir des garanties suffisantes aux fins d'éviter que l'instruction soit vidée de toute substance ou que certains droits fondamentaux soient compromis' (*Doc. parl., Chambre, 1996-1997, n° 857/1, pp. 37 et 38*). Il a encore précisé que, si ces trois mesures pouvaient être utilisées dans le cadre d'une mini-instruction, 'le champ d'application de cette procédure s'en trouverait considérablement étendu et l'institution du juge d'instruction se verrait transformée en celle de juge de l'instruction, ce qui ne correspond pas à l'objectif du projet' (*Doc. parl., Sénat, 1997-1998, n° 1-704/4, p. 185*).

De même pour le 'témoignage anonyme complet', le législateur a décidé 'sciemment de confier uniquement au juge d'instruction le soin d'apprécier si le témoin qui souhaite garder l'anonymat a bien droit à ce statut protégé' (*Doc. parl., Chambre, 2000-2001, DOC 50 1185/001, p. 27*), et il a adopté l'amendement qui proposait d'exclure cette mesure de la mini-instruction parce qu'il s'agit 'd'un mode de preuve exceptionnel, exorbitant du droit commun en ce qu'il porte atteinte au droit de défense [et] de contradiction consacré par l'article 6 de la C.E.D.H.' (*Doc. parl., Chambre, 2000-2001, DOC 50 1185/007, p. 3*).

B.5.7.5. L'atteinte aux droits au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile des personnes qui font l'objet d'une observation à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation est d'autant plus grave que l'alinéa 3 de l'article 28^{septies} du C.i. cr., inséré par l'article 14 de la loi attaquée, rend inapplicable l'alinéa 2 qui eût permis au juge d'instruction de continuer lui-même l'enquête.

B.5.7.6. En raison de la gravité de l'atteinte à des droits fondamentaux qu'elle implique, la mesure ne peut être autorisée que dans les mêmes conditions que celles concernant la perquisition et les écoutes téléphoniques.

B.5.7.7. En négligeant, dans l'état actuel de l'organisation de la procédure pénale, d'exclure du champ d'application de la mini-instruction, qui fait l'objet de l'article 28^{septies} du C.i. cr., l'observation avec des moyens techniques permettant d'avoir une vue dans une habitation, le législateur a violé les dispositions visées au moyen ».

La Cour a jugé, en des termes analogues, en ce qui concerne le contrôle visuel discret :

« B.13.7. Le contrôle visuel discret est une mesure qui peut être comparée, en ce qui concerne l'atteinte au respect de la vie privée, à la perquisition classique et aux écoutes et enregistrements des communications et télécommunications privées autorisés par l'article 90^{ter} du C.i. cr. Or, ces deux mesures sont expressément exclues du champ d'application de l'article 28^{septies} précité.

B.13.8. Pour les mêmes raisons que celles qui sont exprimées aux B.5.7.4 et B.5.7.5, le moyen est fondé.

B.13.9. En raison de la gravité de l'atteinte à des droits fondamentaux qu'elle implique, la mesure ne peut être autorisée que dans les mêmes conditions que celles concernant la perquisition et les écoutes téléphoniques.

B.13.10. En négligeant, dans l'état actuel de l'organisation de la procédure pénale, d'exclure le contrôle visuel discret du champ d'application de la mini-instruction, qui fait l'objet de l'article 28^{septies} du C.i. cr., le législateur a violé les dispositions visées au moyen ».

B.20.4. Compte tenu de cet arrêt n° 202/2004, le législateur a, par la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, remplacé l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle et a exclu aussi du champ d'application de la mini-instruction l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation et le contrôle visuel discret.

En vertu de l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par la loi précitée du 27 décembre 2005, les actes d'instruction suivants ont ainsi été exclus du champ d'application de la mini-instruction : le mandat d'arrêt, le témoignage anonyme complet, l'écoute et l'enregistrement de communications, l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation, le contrôle visuel discret et la perquisition.

B.20.5. Par l'article 63, attaqué, de la loi du 5 février 2016, la perquisition est retirée de la liste précitée des actes d'instruction qui sont exclus du champ d'application de la mini-instruction. Le législateur a précisé que cette modification a été opérée « dans un but pragmatique » et que « l'objectif poursuivi est celui qui avait prévalu lors de l'introduction de la mini-instruction [, à savoir,] d'une part, de décharger le juge d'instruction des affaires pénales relativement simples ou petites de manière à ce qu'il puisse se consacrer à des affaires plus complexes et, d'autre part, d'éviter la procédure relativement lourde allant de pair avec une instruction » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 52).

B.21. Les parties requérantes font valoir qu'en étendant à la perquisition le champ d'application de la mini-instruction, la disposition attaquée établit des différences de traitement injustifiées, d'une part, entre les personnes qui font l'objet d'une perquisition et celles qui font l'objet d'actes d'instruction qui restent exclus du champ d'application de la mini-instruction et, d'autre part, entre les personnes qui font l'objet d'une perquisition selon que la perquisition est menée dans le cadre d'une instruction ou dans le cadre d'une mini-instruction. La disposition attaquée comporterait une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée, dans le droit à l'inviolabilité du domicile et dans le droit à un procès équitable.

B.22.1. Comme la Cour l'a jugé par son arrêt n° 202/2004 précité, la perquisition, l'écoute et l'enregistrement des communications, l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation et le contrôle visuel discret sont des mesures comparables en ce qui concerne l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée qu'elles occasionnent. Or, si la première mesure entre dans le champ d'application de la mini-instruction du fait de la disposition attaquée, les autres mesures mentionnées en restent exclues.

Afin de justifier cette différence de traitement, il est indiqué dans l'exposé des motifs :

« ce n'est pas en raison d'une différence quant à l'atteinte à la vie privée mais car la mini-instruction doit être réservée à des mesures *ponctuelles*, que ne sont ni la détention préventive ni les écoutes téléphoniques, ni les observations, qui, susceptibles d'être prolongées, exigent un suivi qu'il paraît difficile de gérer indépendamment de l'enquête. Si un juge d'instruction ordonnait de telles mesures sans évoquer le dossier, le dossier devrait être 'dédoublé' durant leur exécution, gérée par le juge d'instruction alors que le ministère public continue de gérer l'enquête. Une telle situation serait source de confusion (notamment pour les enquêteurs) et d'erreurs. Dans la pratique, l'évocation s'imposerait dans ce cas.

Il en résulte qu'une extension de la mini-instruction aux écoutes téléphoniques ou aux observations avec moyens techniques n'aurait probablement que peu ou pas de justification ni d'intérêt dans la pratique.

C'est une autre considération qui a conduit à ne pas étendre le champ d'application de la mini-instruction au contrôle visuel discret. Cette technique est certes ponctuelle, tout comme la perquisition, mais, contrairement à la perquisition, elle est secrète, ce qui justifie des garanties renforcées (en ce sens : M.-A. BEERNAERT e.a., *op. cit.*, p. 576).

La perquisition se fait quant à elle en principe en présence de l'inculpé ou d'un fondé de pouvoir qu'il pourra nommer, à tout le moins s'il est détenu (article 39 du Code d'Instruction criminelle) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 55-56).

B.22.2. Indépendamment de la question de savoir si le caractère ponctuel et non secret de la mesure constitue un critère pertinent pour justifier la différence de traitement attaquée, il convient de constater que la disposition attaquée a pour conséquence que la perquisition peut être requise via la mini-instruction dans le cadre d'une information, sans qu'une instruction doive être ouverte.

L'information se caractérise par son caractère éminemment secret et non contradictoire, les intéressés disposant de moins de garanties de protection des droits de la défense qu'au cours de l'instruction.

Certes, les personnes directement intéressées ont déjà le droit de demander accès au dossier pénal au cours de l'information (art. 21*bis* du Code d'instruction criminelle). À l'inverse de ce qui est le cas pour l'instruction (art. 61*ter* du Code d'instruction criminelle), ce droit d'accès au dossier, dans le cadre de l'information, n'est toutefois pas réglé au niveau procédural, de sorte que le ministère public – à défaut de motifs de refus légaux – peut simplement refuser la demande d'accès au dossier et aucune voie de recours n'est ouverte contre une décision de refus ou contre l'absence de décision. Par son arrêt n° 6/2017, du 25 janvier 2017, la Cour a jugé que cette absence de recours contre le refus ou l'absence de décision du ministère public en réponse à une demande d'accès à un dossier au cours de l'information, formulée par un inculpé, violait les articles 10 et 11 de la Constitution. Étant donné que ce constat d'inconstitutionnalité est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de l'article 21*bis* du Code d'instruction criminelle dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, la Cour a aussi jugé que, dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartenait au juge de mettre fin à la violation de ces normes, en appliquant par analogie l'article 61*ter* du Code d'instruction criminelle.

En outre, au cours de l'information, les intéressés ne disposent pas d'un droit formel de demander certains actes d'information, alors qu'un droit de demander des actes d'instruction complémentaires est accordé à l'inculpé et à la partie civile au cours de l'instruction (art. 61*quinquies* du Code d'instruction criminelle). Il est vrai que les intéressés peuvent toujours adresser une demande informelle au ministère public, mais ce dernier n'est pas tenu d'accéder à cette demande et les parties ne disposent d'aucune voie de recours contre un refus ou une absence de décision.

Enfin, au cours de l'information, la régularité de la procédure n'est pas contrôlée par un juge indépendant et impartial, lequel pourrait purger le dossier d'éventuelles nullités, alors qu'un tel contrôle existe au cours de l'instruction (art. 235*bis* du Code d'instruction criminelle).

B.22.3. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État a elle aussi relevé la position plus précaire des personnes intéressées au cours de l'information :

« L'extension du champ d'application de la 'mini-instruction' a pour conséquence de renforcer la différence de traitement déjà existante concernant le droit de consultation du dossier, selon qu'une instruction est ouverte ou non. Alors que la procédure règle pareil droit de consultation dans le cadre de l'instruction (voir l'article 61^{ter} du Code d'instruction criminelle), il n'en va pas de même dans le cadre de l'information, même lorsque des mesures d'instruction ont été accomplies dans le cadre de la mini-instruction. À cet égard, la question se pose de savoir si l'élargissement important du champ d'application de l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle ne doit pas conduire à l'attribution d'un droit de consultation du dossier lorsque des actes d'instruction ont été accomplis par le juge d'instruction en application de cet article » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 292).

En réponse à cet avis, l'exposé des motifs indique :

« Il n'est pas envisagé de modifier, à tout le moins avant la réforme globale de la procédure pénale, annoncée dans l'accord de gouvernement, les différences quant au droit des intéressés d'accéder au dossier selon que le dossier a fait l'objet d'une information ou d'une instruction » (*ibid.*, p. 56).

B.22.4. En raison de la gravité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile qu'elle implique, la perquisition ne peut, en l'état actuel de la réglementation en matière de procédure pénale, être autorisée que dans le cadre d'une instruction, au cours de laquelle les personnes intéressées disposent d'un droit organisé de demander un accès au dossier et des actes d'instruction supplémentaires et au cours de laquelle la chambre des mises en accusation peut exercer un contrôle quant à la régularité de la procédure.

En incluant la perquisition, en l'état actuel de la réglementation en matière de procédure pénale, dans le champ d'application de la mini-instruction, sans prévoir des garanties supplémentaires pour protéger les droits de la défense, la disposition attaquée porte une atteinte discriminatoire au droit au respect de la vie privée et au droit à l'inviolabilité du domicile.

B.22.5. Il résulte de ce qui précède que l'article 63, 1^o, attaqué, de la loi du 5 février 2016 viole les articles 10, 11, 15 et 22 de la Constitution et qu'il doit dès lors être annulé.

L'examen des autres griefs et normes de référence ne pouvant donner lieu à une annulation plus étendue, il n'y a pas lieu d'examiner les moyens sous cet angle.

B.22.6. En vue de préserver la légalité des perquisitions qui auraient été effectuées sur la base de la disposition annulée, la Cour maintient, en application de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les effets de la disposition annulée, comme il est indiqué dans le dispositif.

L'écoute et l'enregistrement des communications

B.23.1. La partie requérante dans l'affaire n° 6498 prend un premier moyen de la violation de l'article 22 de la Constitution, combiné ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par l'article 66, 1°, de la loi du 5 février 2016, qui remplace le premier membre de phrase de l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle par les mots « L'ordonnance est datée et indique ». Avant la modification de cette disposition par l'article 66, 1°, attaqué, ce membre de phrase était ainsi rédigé : « À peine de nullité, l'ordonnance est datée et indique ».

L'ordonnance dont question dans cette disposition est celle par laquelle le juge d'instruction autorise, à titre exceptionnel, l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées. Les indications que cette ordonnance doit contenir portent sur les indices et faits concrets qui justifient la mesure, les motifs pour lesquels celle-ci est indispensable à la manifestation de la vérité, la personne et le moyen de communication ou de télécommunication soumis à la surveillance, la période concernée et les nom et qualité de l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la mesure.

B.23.2. L'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle a été remplacé par l'article 18 de 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 ». La nouvelle disposition est entrée en vigueur le 27 janvier 2017.

B.23.3. La disposition attaquée est entrée en vigueur dix jours après sa publication, soit le 29 février 2016. Dans la mesure où elle a pu produire des effets entre cette date et le 27 janvier 2017, le recours n'a pas perdu son objet en ce qui la concerne.

B.24. La partie requérante fait grief au législateur d'avoir, en supprimant la nullité automatique, également supprimé une procédure de contrôle *a priori* des mesures d'écoutes téléphoniques indispensable à la garantie que l'atteinte au droit au respect de la vie privée qu'elles représentent soit nécessaire dans une société démocratique.

B.25. L'exposé des motifs de la loi attaquée indique que la mesure a été jugée nécessaire parce que les écoutes effectuées en application des articles 90^{ter} et suivants du Code d'instruction criminelle sont surtout utilisées dans des dossiers de criminalité grave et organisée et que « les conséquences d'une sanction de nullité sont dès lors dramatiques dans pareils dossiers et non proportionnelles à l'équi-



libre qui doit être recherché entre la protection de la vie privée et une lutte efficace contre ces formes de criminalité » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 62).

L'exposé des motifs précise :

« La modification proposée n'aura donc pas pour effet de diminuer la protection du citoyen contre les abus en matière d'écoutes téléphoniques :

- les exigences formelles sont inchangées ;
- la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement pourra encore être décidée si 'l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable' (*cf.* art. 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale) ;
- une écoute illégale constitue une infraction pénale, tant dans le chef d'un officier ou fonctionnaire public, dépositaire ou agent de la force publique (art. 259*bis* du Code pénal) que s'il est commis par une autre personne (art. 314*bis* du Code pénal) ;
- l'article 90*decies* du Code d'instruction criminelle stipule que le ministre de la Justice fait ' rapport annuellement au Parlement sur l'application des articles 90*ter* à 90*novies*. Il informe le Parlement du nombre d'instructions ayant donné lieu à des mesures visées par ces articles, de la durée de ces mesures, du nombre de personnes concernées et des résultats obtenus '.

Ces garanties ne permettent pas d'envisager que l'on recoure à des écoutes non motivées dans l'espoir de découvrir des infractions ('*fishing*') : une telle méthode n'aurait aucune chance d'aboutir à une condamnation, sinon des auteurs des écoutes illégales » (*ibid.*, pp. 62-63).

B.26.1. La Cour européenne des droits de l'homme juge que puisque, par nature lorsqu'il s'agit de mesures de surveillance secrète, l'intéressé est forcément empêché d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque, « il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en elles-mêmes des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu ».

Elle ajoute :

« Il faut de surcroît, pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8, § 2, respecter aussi fidèlement que possible, dans les procédures de contrôle, les valeurs d'une société démocratique. En un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique toute entière, il est en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge, car le pouvoir judiciaire offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière » (Cour eur. D.H., grande chambre, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, § 233).



B.26.2. La Cour européenne des droits de l'homme considère encore que la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre d'une mesure de surveillance secrète constitue une importante garantie contre l'arbitraire et attache de l'importance au fait que le juge doit motiver sa décision d'autoriser la mesure d'interception (*ibid.*, §§ 249 et 259).

B.27.1. La disposition attaquée atténue l'effet des irrégularités formelles entachant l'ordonnance du juge d'instruction autorisant l'écoute et l'enregistrement de communications sur la validité de la preuve pénale qui en découle. Alors qu'auparavant, toute violation d'une prescription de l'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle entraînait automatiquement l'impossibilité de l'utilisation au cours du procès pénal des écoutes réalisées, désormais, le juge du fond doit apprécier la validité de la preuve obtenue à l'aune de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale et peut, le cas échéant, en tenir compte si l'irrégularité commise n'a pas entaché la fiabilité de la preuve et si son usage n'est pas contraire au droit à un procès équitable.

B.27.2. En revanche, la disposition attaquée n'a pas d'effet sur l'examen qui peut être fait par le juge de la compatibilité des écoutes et enregistrements de communications avec le droit au respect de la vie privée des personnes concernées. L'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la disposition attaquée, exige toujours que les écoutes et enregistrements soient préalablement autorisés par un juge d'instruction et que celui-ci motive son ordonnance en indiquant les indices et faits concrets qui justifient la mesure, les motifs pour lesquels celle-ci est indispensable, la personne et le moyen de communication soumis à la surveillance, la période concernée et les nom et qualité de l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la mesure. Ces exigences sont de nature à garantir, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme citée en B.26, le respect du droit à la vie privée.

Toute mesure d'écoutes ou d'enregistrements de communications qui serait effectuée en violation des prescriptions légales pourrait être considérée comme illégale et donner lieu à l'application de l'article 259^{bis} du Code pénal à l'égard de l'agent de la force publique qui en est l'auteur ainsi qu'à réparation à l'égard de la personne dont le droit au respect de la vie privée aurait été violé.

B.28. La disposition attaquée n'a pas la portée que lui donne la partie requérante car elle ne diminue pas la protection contre les atteintes à la vie privée des personnes résultant des mesures d'écoutes et d'enregistrements des communications.

L'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la disposition attaquée, n'est pas incompatible avec l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'examen de la compatibilité de la disposition attaquée avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne conduit pas à une autre conclusion.



B.29. Le moyen pris contre l'article 66, 1°, de la loi du 5 février 2016 n'est pas fondé.

L'opposition

B.30. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6496, 6497 et 6498 demandent l'annulation de l'article 83 de la loi du 5 février 2016. Elles font valoir que cette disposition n'est pas compatible avec les articles 10, 11, 12, 13 et 14 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les principes généraux du droit relatifs au droit à un procès équitable, au respect des droits de défense, au droit d'accès au juge et au droit à un recours effectif.

B.31.1. L'article 83, attaqué, de la loi du 5 février 2016 remplace le système de l'opposition à un jugement pénal rendu par défaut, tel qu'il est prévu dans l'article 187 du Code d'instruction criminelle. Par ce nouveau système, le législateur vise à « codifier, simplifier et rationaliser la procédure de l'opposition sans pour autant limiter le droit à un second degré de juridiction » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 72).

B.31.2. Les griefs des parties requérantes sont dirigés contre le nouvel article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, qui dispose :

« L'opposition sera déclarée non avenue :

1° si l'opposant, lorsqu'il comparaît en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge ;

2° si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue ».

La Cour limite son examen à cette disposition.

B.32.1. L'opposition est une voie de recours ordinaire ouverte à la partie qui a été condamnée par défaut, en vue d'obtenir de la juridiction qui a statué par défaut une nouvelle décision après un débat contradictoire.

L'essence et la finalité mêmes de l'opposition sont de permettre le plein exercice des droits de la défense par une personne qui pourrait, en raison de sa défaillance, ne pas avoir connaissance de tous les éléments d'une cause ou tout au moins ne pas avoir pu s'expliquer sur eux.



B.32.2. L'« opposition non avenue » signifie que l'opposition est recevable mais considérée comme étant frappée de déchéance, impliquant que le jugement rendu par défaut contre lequel l'opposition était dirigée demeure inchangé (Cass., 18 novembre 2003, *Pas.*, n° 576). Il s'agit d'une sanction particulière qui est imposée en raison de circonstances déterminées, liées au comportement de l'opposant.

La décision qui déclare l'opposition non avenue a pour conséquence que la juridiction qui a statué par défaut ne doit pas réexaminer l'affaire dans le cadre d'une procédure d'opposition. La décision rendue par défaut subsiste et est uniquement susceptible d'appel ou, si elle est rendue en degré d'appel, de pourvoi en cassation.

B.32.3. Avant son abrogation par la loi du 5 février 2016, l'« opposition non avenue » était réglée par l'article 188 du Code d'instruction criminelle, qui disposait que l'opposition est considérée comme non avenue lorsque l'opposant ou son conseil ne comparaît pas à la première audience utile après la formation de l'opposition. Par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, le législateur a étendu la sanction de l'« opposition non avenue » à de nouvelles hypothèses. Cette extension a été justifiée par le constat qu'« en son état actuel, la procédure de l'opposition fait l'objet d'abus de la part de certains prévenus dont le défaut est soit dû à leur propre négligence, soit utilisé comme stratégie de défense dilatoire visant à un dépassement du délai raisonnable, voire à une prescription de l'infraction du chef de laquelle ils sont poursuivis. L'opposition étant admise en première instance et en degré d'appel, il arrive qu'une affaire soit traitée à quatre reprises » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 73). Par ailleurs, cette extension « sert en outre les intérêts des victimes, qui sont souvent découragées par l'obligation de suivre les débats à plusieurs reprises, avec les pertes de temps et les frais d'honoraires d'avocats qui en découlent » (*ibid.*, p. 72).

En vertu de l'article 187, § 6, attaqué, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, l'opposition doit être considérée comme « non avenue » dans deux cas : d'une part, si l'opposant, lorsqu'il comparaît en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge (1°) et, d'autre part, si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue (2°).

B.33. Il ressort de l'exposé des moyens que la Cour doit examiner la compatibilité des mots « excuse légitime » et « la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge », utilisés dans l'article 187, § 6, 1°, attaqué, du Code d'instruction criminelle, avec le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12 et 14 de la Constitution, combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.



La Cour doit par ailleurs examiner la compatibilité de l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés avec les dispositions conventionnelles et avec les principes généraux de droit invoqués, en ce que cette disposition établirait une restriction discriminatoire de la possibilité de faire opposition. L'examen de ce grief étant lié à la portée de la disposition attaquée, le grief cité en premier doit être examiné en priorité.

B.34.1. L'article 12, alinéa 2, de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit ».

L'article 14 de la Constitution dispose :

« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

L'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

B.34.2. En ce qu'il garantit le principe de légalité en matière pénale, l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme a une portée analogue à celle des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution.

B.34.3. Il découle des dispositions précitées que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, si ce comportement est punissable ou non et la peine éventuellement encourue. Les principes de légalité et de prévisibilité sont applicables à l'ensemble de la procédure pénale. Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines.

Le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination, de la peine ou de la procédure pénale. Plus précisément, il n'empêche pas que le législateur attribue un pouvoir d'appréciation au juge ou au ministère public. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des dispositions législatives, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

B.34.4. En l'espèce, ce n'est pas la légalité de l'incrimination ou de la peine qui est en cause mais celle de la procédure pénale.

L'exigence de prévisibilité de la procédure pénale garantit à tout citoyen qu'il ne peut faire l'objet d'une information, d'une instruction et de poursuites que selon une procédure établie par la loi et dont il peut prendre connaissance avant sa mise en œuvre.

B.35.1. Les travaux préparatoires de la disposition attaquée font apparaître que le législateur a voulu combattre les abus de la procédure d'opposition, en limitant la possibilité de faire opposition à un jugement rendu par défaut, sans porter atteinte au droit des parties d'être entendues, droit qui relève du droit à un procès équitable, et aux exigences émises en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 72-80).

B.35.2. En prévoyant, à l'article 187, § 6, 1°, attaqué, du Code d'instruction criminelle, que l'opposition est déclarée non avenue si le défaut n'est justifié ni par la « force majeure » ni par une « excuse légitime », le législateur a sciemment laissé une grande marge d'appréciation au juge (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 80). En effet, le législateur souhaitait garantir que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défailants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice » (*ibid.*, p. 79).

En ce qui concerne les notions de « force majeure » et d'« excuse légitime », les travaux préparatoires indiquent :

« Deux types de situations peuvent être couverts par la notion de force majeure :

- Les cas où le prévenu n'a pas eu connaissance de la citation, ce qui explique qu'il n'était ni présent, ni représenté à l'audience ;
- Les cas où le prévenu a eu connaissance de la citation, ne souhaitait pas renoncer à son droit d'être présent ou d'être représenté, mais sa présence ou sa représentation a été empêchée par un motif légitime indépendant de sa volonté.

La proposition de loi précitée du 15 mai 2000 introduite par MM. Bourgeois Van Hoorebeke et Erdman avait envisagé subordonner la recevabilité de l'opposition à la démonstration d'un défaut justifié par la force majeure. Cette piste avait finalement été abandonnée en raison du caractère jugé trop vague de la notion de force majeure. Il avait alors été craint que l'interprétation de cette notion donne lieu à d'interminables discussions (voir *Doc. parl.*, Chambre, Sess. ord., 2002-2003, n° 50-0651/004, pp. 6 et 11).

Afin de les prévenir, il est proposé d'ajouter aux cas de force majeure, les cas où le prévenu justifie d'un motif reconnu valable par la juridiction devant laquelle il est appelé. L'on notera que la notion d'excuse avait été envisagée dans l'étude UG (p. 158, § 709). Par ailleurs, la notion d'excuse légitime apparaît déjà à l'article 630, alinéas 10 et 11, du Code d'instruction criminelle concernant la réhabilitation.



L'approche combinant la force majeure et le motif valable s'apparente à celle du droit français qui permet l'opposition tant dans les situations où le prévenu n'a pas eu connaissance effective de la citation régulière non signifiée à personne (un cas qui relèverait chez nous de la force majeure) que dans les situations où la citation a été régulière à personne mais une excuse reconnue valable par la juridiction devant laquelle le défaillant est appelé justifie son absence (artt. 410 à 412 du Code de procédure pénale français) » (*ibid.*, pp. 79-80).

Il ressort des travaux préparatoires précités que la notion d'« excuse légitime » doit être interprétée en ce sens qu'elle couvre les cas qui ne sont pas des cas de force majeure et où l'opposant avait connaissance de la citation mais invoque un motif faisant apparaître que son absence ne signifiait pas qu'il souhaitait renoncer à son droit de comparaître et de se défendre, ou se soustraire à la justice.

La notion d'« excuse légitime » est suffisamment claire, présente une sécurité juridique suffisante et ne porte pas atteinte au principe de légalité en matière pénale.

B.35.3. Le fait que l'article 187, § 6, 1^o, attaqué, mentionne que « la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées rest[e] soumise à l'appréciation souveraine du juge » ne change rien à ce qui précède. Cette mention confirme simplement la règle générale selon laquelle le juge, à défaut de critères d'appréciation contraignants figurant dans la loi, statue souverainement sur ces points, le juge étant toutefois lié par la signification usuelle des notions de « force majeure » et d'« excuse légitime », telle qu'elle a été précisée par le législateur.

Il appartient à la Cour de cassation de veiller à ce que ces notions ne soient pas interprétées de manière arbitraire et de vérifier si le juge a pu légitimement déduire des faits qu'il est ou non question de force majeure ou d'excuse légitime.

B.35.4. L'article 187, § 6, 1^o, attaqué, du Code d'instruction criminelle, remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, ne viole dès lors pas les articles 12 et 14 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.36.1. Les parties requérantes font encore valoir que l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle viole les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les principes généraux du droit relatifs au droit à un procès équitable, au respect des droits de la défense, au droit d'accès au juge et au droit à un recours effectif, en ce qu'il limite la possibilité de faire opposition.

Cette disposition serait discriminatoire en ce qu'elle a pour conséquence que le prévenu qui fait défaut dans la procédure par laquelle il est statué sur l'action publique est traité de la même manière que le condamné qui fait défaut dans la

procédure de réhabilitation. En vertu respectivement de la disposition attaquée et de l'article 630 du Code d'instruction criminelle, tous deux doivent invoquer une excuse légitime pour justifier leur absence à l'audience. Or, il existerait entre ces deux catégories de personnes des différences fondamentales qui s'opposeraient à cette identité de traitement.

B.36.2. Contrairement à ce que soutient la partie requérante dans l'affaire n° 6498, les dispositions constitutionnelles et conventionnelles invoquées ne contiennent pas d'obligation de *standstill*.

B.37. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il en va de même du traitement identique qui découle de l'application des mêmes règles procédurales dans des circonstances différentes. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement ou l'identité de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.38.1. L'article 13 de la Constitution implique un droit d'accès au juge compétent. Ce droit est également garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par un principe général de droit.

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit à un recours effectif devant une instance nationale à toute personne dont les droits et libertés mentionnés dans cette Convention ont été violés.

B.38.2. La comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi qu'avec ceux des témoins (Cour eur. D.H., 23 novembre 1993, *Poitrinol* c. France, § 35 ; 13 février 2001, *Krombach* c. France, § 84 ; 14 juin 2001, *Medenica* c. Suisse, § 54 ; 13 janvier 2011, *Drakos* c. Grèce, § 35).

Si le droit national autorise le déroulement d'un procès nonobstant l'absence de l'accusé, celui-ci doit pouvoir obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, lorsqu'il n'est pas établi qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre ni qu'il a eu l'intention de se soustraire à la justice (Cour eur. D.H., grande chambre, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic* c. Italie, § 82 ; 1^{er} mars 2011, *Faniel* c. Belgique, § 26). Il faut qu'il n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure. En même temps, il est loisible aux autorités nationales d'évaluer si les excuses fournies par l'accusé pour justifier son absence étaient valables ou si les



éléments versés au dossier permettaient de conclure que son absence était indépendante de sa volonté (Cour eur. D.H., *Sejdovic* c. Italie, précité, § 88).

Le législateur doit pouvoir décourager des abstentions injustifiées, à condition que les sanctions ne se révèlent pas disproportionnées et que le prévenu ne soit pas privé du droit à l'assistance d'un défenseur (*ibid.*, § 92).

B.39.1. Il ressort des travaux préparatoires mentionnés en B.32.3 et B.35 que le législateur a voulu éviter les abus de la procédure d'opposition sans porter atteinte aux exigences émises par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le droit d'accès au juge. Pour cette raison, le législateur a prévu que l'opposition ne peut être considérée comme non avenue que dans les deux hypothèses visées dans la disposition attaquée.

B.39.2. En ce qui concerne la situation visée à l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle, pour que l'opposition puisse être considérée comme non avenue, il faut d'abord qu'il soit établi que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut. Il appartient à la partie poursuivante ou à la partie civile d'en apporter la preuve ; le prévenu n'a pas à fournir de preuve en la matière (Cass., 17 janvier 2017, P.16.0989.N). Cette prise de connaissance doit en outre être établie avec certitude ; il ne peut y avoir le moindre doute raisonnable à ce sujet.

Ensuite, l'opposition ne peut être déclarée non avenue que si l'opposant « ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée ». Comme il est dit en B.35, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette condition doit être interprétée en ce sens que « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défaillants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 79). Il suffit que l'opposant « fasse état » d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime et donc qu'il démontre à suffisance l'existence de ce motif, sans qu'il soit tenu d'en apporter la preuve.

Ce n'est que dans la mesure où il est satisfait à ces conditions cumulatives, et qu'il est donc établi que le prévenu a renoncé au droit de comparaître et de se défendre ou avait l'intention de se soustraire à la justice, que l'opposition est considérée comme non avenue.

B.39.3. En vertu de l'article 187, § 6, 2^o, du Code d'instruction criminelle, l'opposition est aussi déclarée non avenue si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue. Cette situation était déjà en partie visée par l'ancien article 188 du Code d'instruction criminelle, en ce qu'il concernait une absence à la première audience utile après la formation de l'opposition,

et a été étendue par l'article 83 de la loi du 5 février 2016 à toutes les absences de l'opposant dans la procédure d'opposition.

Il peut être justifié qu'une absence à l'audience soit appréciée plus sévèrement à l'égard d'une partie qui a déjà fait défaut et qui, en signifiant l'opposition, a elle-même pris l'initiative d'obtenir de la juridiction qui a statué par défaut une nouvelle décision après un débat contradictoire.

En outre s'applique, dans ce cas aussi, le principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure, principe auquel la loi attaquée n'a pas dérogé. Comme le confirment également les travaux préparatoires, l'opposition ne peut dès lors être déclarée non avenue si une cause de force majeure justifie l'absence de l'opposant au cours de la procédure d'opposition (*Doc. parl.*, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 81, et DOC 54-1418/005, pp. 110-111).

B.39.4. Sous réserve qu'il soit interprété de la manière indiquée en B.39.2 et B.39.3, l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit du prévenu d'accéder au juge.

B.40. Sous cette réserve, les moyens dirigés contre l'article 187, § 6, précité, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, ne sont pas fondés.

L'appel sur griefs

B.41. Les parties requérantes dans l'affaire n° 6497 prennent un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 89 de la loi du 5 février 2016, qui remplace l'article 204 du Code d'instruction criminelle par la disposition suivante :

« À peine de déchéance de l'appel, la requête indique précisément les griefs élevés, y compris les griefs procéduraux, contre le jugement et est remise, dans le même délai et au même greffe que la déclaration visée à l'article 203. Elle est signée par l'appelant, son avocat ou tout autre fondé de pouvoir spécial. Dans ce dernier cas, le pouvoir est annexé à la requête.

Cette requête peut aussi être remise directement au greffe du tribunal ou de la cour où l'appel est porté.

Un formulaire dont le modèle est déterminé par le Roi peut être utilisé à cette fin.

La présente disposition s'applique également au ministère public ».

B.42. Les parties requérantes reprochent à cette disposition d'empêcher les parties d'étendre l'appel devant la juridiction d'appel.



B.43.1. Le Conseil des ministres soulève une exception d'irrecevabilité de ce moyen. Il relève que les parties requérantes renvoient, dans le développement du moyen, non pas à l'article 89 attaqué, mais bien à l'article 94 de la même loi, non visé par la requête, qui complète l'article 210 du même Code par un alinéa limitant les possibilités pour le juge d'appel de soulever des moyens d'office, ainsi qu'au contenu du formulaire d'appel publié en annexe à l'arrêté royal du 18 février 2016 portant exécution de l'article 204, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle.

B.43.2. Bien que l'argumentation des parties requérantes s'appuie partiellement sur l'article 94, non attaqué, de la loi du 5 février 2016, ainsi que sur une annexe à un arrêté royal qui ne relève pas de la compétence de la Cour, leur critique, qui ne concerne pas uniquement la possibilité pour le juge d'appel de soulever des griefs d'office mais qui vise plus largement l'impossibilité pour les parties d'étendre la portée de leur appel après l'introduction de la requête contenant les griefs, peut être localisée dans l'article 89 attaqué, en ce qu'il ne prévoit pas que des griefs non indiqués dans cette requête peuvent encore être soulevés devant la juridiction.

B.43.3. L'exception d'irrecevabilité est rejetée.

B.44.1. Il ressort de l'exposé des motifs que la disposition attaquée a été conçue comme étant « dans l'intérêt de toutes les parties », dès lors qu'elle avait pour but de faire « prendre conscience [aux appelants qui n'ont ni avocat ni une grande instruction] de la portée de l'acte d'appel et de la faculté de le limiter » (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 85*).

B.44.2. Le rapport de la commission de la Chambre indique :

« Le projet de loi a aussi pour but de traiter plus efficacement les affaires pénales en degré d'appel.

- L'appelant devra déposer une requête dans laquelle sont définis précisément les griefs formulés contre le jugement rendu en première instance, en ce compris les griefs relatifs à la procédure.

Ceci implique de préciser [...] les points sur lesquels il y a lieu de modifier la décision rendue en première instance (par exemple 'la peine'), et non les moyens qui seront développés à l'appui de cette contestation.

Cette obligation vaut également pour le ministère public.

À défaut, le juge peut déclarer l'appel irrecevable.

La loi connaît en réalité déjà ce principe mais sans assortir son non-respect d'une sanction d'irrecevabilité, ce qui le prive de portée pratique.

Un formulaire déterminé par arrêté royal sera mis à la disposition des appelants dans les greffes, prisons, etc. afin de permettre à ceux qui n'ont ni avocat ni une grande instruction de prendre conscience de la portée de l'acte d'appel et de la faculté de le limiter.

Trop souvent, aujourd'hui, un condamné forme un appel ou une opposition mécaniquement, sans y réfléchir. Or, si l'opposition ne peut nuire à l'opposant, il n'en va pas de même pour l'appelant : si son appel est suivi par une autre partie, il peut en résulter une aggravation de la peine ou des intérêts civils en degré d'appel » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, pp. 15-16).

B.44.3. Le formulaire publié en annexe à l'arrêté royal du 18 février 2016 précité, qui, en vertu de l'article 1^{er} de cet arrêté royal, peut être utilisé pour interjeter appel conformément à la disposition attaquée, invite à cocher une ou plusieurs « dispositions » du premier jugement contre lequel un grief est élevé. Ces dispositions sont, en ce qui concerne l'action publique, la déclaration de culpabilité, la qualification de l'infraction, les règles concernant la procédure, le taux de la peine, l'internement, la non-application du sursis simple, du sursis probatoire, de la suspension simple ou de la suspension probatoire, la confiscation, les autres mesures : remise en état ou astreinte, la prescription, la violation de la Convention européenne des droits de l'homme, l'acquiescement, les autres dispositions. En ce qui concerne l'action civile, les dispositions sont la recevabilité, le lien causal, l'évaluation du dommage (montant), les intérêts et les autres dispositions.

Cette énumération, à l'exception de « la violation de la Convention européenne des droits de l'homme », ne concerne que les aspects du jugement dont il est fait appel et non l'argumentation ou les moyens qui seront développés par la partie appelante pour emporter la conviction des juges d'appel.

B.44.4. La Cour de cassation a précisé, au sujet de la notion de « grief » au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle :

« Constitue un grief visé à l'article 204 du Code d'instruction criminelle, la désignation spécifique, par l'appelant, d'une décision distincte du jugement dont appel, dont il demande la réformation par le juge d'appel.

Il n'est pas requis que, dans sa requête ou son formulaire de griefs, l'appelant :

- indique déjà les motifs pour lesquels il demande cette réformation,
- coche uniquement le grief le plus 'exact',
- limite ses griefs à ceux qui ne peuvent être invoqués d'office par le juge,
- pour chaque grief coché, précise déjà sur quelle prévention celui-ci porte.

Il appartient au juge d'appel d'apprécier souverainement, en fait, si, dans la requête ou le formulaire de griefs, l'appelant a indiqué de manière suffisamment précise ses griefs à l'encontre du jugement dont appel, comme l'exige l'article 204

du Code d'instruction criminelle » (Cass., 18 avril 2017, P.17.0105.N, traduction libre).

« Lors de l'application de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, il doit être tenu compte du droit d'accès au juge, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Il découle de cette disposition que les États membres peuvent, lorsqu'ils créent des possibilités d'appel, établir des conditions, mais que lors de l'application de ces conditions le juge ne peut être exagérément formaliste en manière telle qu'il soit porté atteinte au caractère équitable de la procédure ou exagérément souple en manière telle que les conditions établies soient vidées de leur contenu » (Cass., 18 avril 2017, P.17.0147.N, traduction libre).

La Cour de cassation a encore précisé :

« L'article 204 du Code d'instruction criminelle, dont le moyen accuse la violation, impose à l'appelant de préciser les points sur lesquels la décision entreprise doit être réformée. Il ne lui prescrit pas d'indiquer la raison pour laquelle elle doit l'être » (Cass., 3 mai 2017, P.17.0145.F; dans le même sens, Cass., 18 avril 2017, P.17.0031.N et P.17.0087.F).

Elle a encore jugé :

« 6. Un grief au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle est l'indication spécifique dans la requête d'appel d'une décision déterminée du jugement entrepris, dont la partie appelante demande la réformation par le juge d'appel. Il n'est pas requis que, dans la requête ou le formulaire de griefs, la partie appelante énonce les raisons de son appel ni les moyens qu'elle entend invoquer pour obtenir la réformation de la décision visée par le grief.

L'indication des griefs est précise au sens de cette disposition lorsqu'elle permet aux juges d'appel et aux parties de déterminer avec certitude la décision ou les décisions du jugement entrepris, dont la partie appelante demande la réformation, en d'autres mots de déterminer la saisine des juges d'appel » (Cass., 28 juin 2017, P.17.0176.F; 27 septembre 2017, P.17.0257.F).

B.45.1. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la notion de « grief », au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, ne se confond pas avec la notion de « moyen » au sens où l'entendent les parties requérantes. La disposition attaquée prescrit donc que l'appelant désigne, dans sa requête, les parties du jugement de première instance qu'il entend voir réformer et non les arguments qu'il souhaite avancer à cette fin.

B.45.2. Par conséquent, la disposition attaquée n'empêche pas que l'appelant invoque, pour la première fois en degré d'appel et en cours de procédure, les moyens qu'il estime appropriés pour obtenir la réformation de la décision ren-

due en première instance, en ce compris, le cas échéant, le dépassement du délai raisonnable ou encore un revirement de jurisprudence intervenu entre les deux instances.

B.46. Compte tenu de ce qui est dit en B.44.4 et en B.45, le moyen dirigé contre l'article 89 de la loi du 5 février 2016 n'est pas fondé.

Le pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle

B.47. La partie requérante dans l'affaire n° 6498 prend un moyen de la violation, par les articles 99, 100 et 115 de la loi du 5 février 2016, des articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.48.1. Les articles 99, 100 et 115, attaqués, de la loi du 5 février 2016 suppriment la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle. Ces dispositions modifient à cette fin les articles 235bis, § 6, 235ter, § 6, et 420, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

B.48.2. Avant sa modification par l'article 115 attaqué, l'article 420 du Code d'instruction criminelle disposait :

« Le pourvoi en cassation contre les décisions préparatoires et d'instruction n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif, même si elles ont été exécutées sans réserve.

Toutefois, il peut être formé un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions :

- 1° sur la compétence ;
- 2° en application des articles 135, 235bis et 235ter ;
- 3° relatives à l'action civile qui statuent sur le principe d'une responsabilité ;
- 4° qui, conformément à l'article 524bis, § 1^{er}, statuent sur l'action publique et ordonnent une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux ».

B.49.1. Conformément à l'article 420, alinéa 1^{er}, précité, du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation contre les décisions préparatoires et d'instruction n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitifs. L'article 420, alinéa 2, admet exceptionnellement, dans un nombre de cas limité, un recours en cassation immédiat contre un arrêt ou un jugement non définitifs.

B.49.2. Avant le remplacement de l'article 420, alinéa 2, par l'article 115 attaqué, figuraient parmi ces exceptions les décisions rendues par la chambre des mises en



accusation en application de l'article 135 du Code d'instruction criminelle, concernant un appel formé contre une décision de la chambre du conseil, et en application de l'article 235*bis* du même Code, concernant la régularité de la procédure.

La possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre ces décisions a été instaurée par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction judiciaires. Cette même loi prévoyait que les irrégularités, omissions ou causes de nullités affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve ou relatives à l'ordonnance de renvoi, et qui ont été examinées devant la chambre des mises en accusation ne peuvent en principe plus être invoquées devant le juge du fond, sans préjudice des moyens touchant à l'appréciation de la preuve ou qui concernent l'ordre public (art. 235*bis*, § 5). Le législateur visait donc à purger définitivement les irrégularités de la procédure préparatoire, avant le renvoi de l'affaire devant le juge du fond (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, p. 61).

L'exposé des motifs indique :

« Dans la mesure où les moyens soulevés dans l'exercice du recours introduit par l'article 135, en projet, du CIC ou développés dans le cadre de l'article 235 en projet, du même Code ne peuvent plus être invoqués devant le juge du fond, il est impératif d'ouvrir à l'inculpé la possibilité de se pourvoir immédiatement en cassation contre un arrêt défavorable de la chambre des mises en accusation. Le projet tend ainsi à introduire une nouvelle exception à la règle reprise à l'alinéa 1^{er} de l'article 416 actuel, selon laquelle les pourvois formés contre les arrêts préparatoires ou d'instruction sont irrecevables tant que la décision définitive sur le fond n'a pas été prononcée. Puisque les problèmes relatifs à la régularité de l'instruction peuvent être définitivement tranchés au stade du règlement de la procédure, il est nécessaire qu'ils puissent au besoin être examinés par la Cour de cassation » (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, p. 71).

B.49.3. Par ailleurs, avant le remplacement de l'article 420, alinéa 2, par l'article 115 attaqué, le pourvoi en cassation immédiat était aussi ouvert contre les arrêts rendus par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle sur la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

Cette possibilité a été instaurée par la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189*ter*, 235*ter*, 335*bis* et 416 du Code d'instruction criminelle, à la suite de l'arrêt n° 111/2008, du 31 juillet 2008, dans lequel la Cour avait constaté que l'absence d'un pourvoi en cassation immédiat contre ces arrêts de la chambre des mises en accusation violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour a jugé :



« Compte tenu de l'objectif du législateur, [...] visant à permettre un pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts de la chambre des mises en accusation relatifs à la régularité de la procédure qui lui est soumise en application de l'article 235*bis*, par dérogation à la règle contenue à l'alinéa 1^{er} de l'article 416, il n'est pas justifié que les arrêts par lesquels la chambre des mises en accusation contrôle la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base du dossier confidentiel, en application de l'article 189*ter* ou de l'article 235*ter*, ne puissent pas également faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat » (arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008, B.8).

B.49.4. Par l'article 115, attaqué, de la loi du 5 février 2016, le législateur a supprimé la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions rendues par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235*bis* et 235*ter* du Code d'instruction criminelle, qui était prévue par l'ancien article 420, alinéa 2, 2°, du même Code. Cette modification législative a pour effet que la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, est applicable aux décisions précitées, de sorte que le pourvoi en cassation formé contre ces décisions n'est plus ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitifs.

Les articles 99 et 100, attaqués, de la loi du 5 février 2016 suppriment, dans les articles 235*bis* et 235*ter* du Code d'instruction criminelle, les références au pourvoi en cassation immédiat et sont dès lors indissociables de l'article 115 attaqué.

B.49.5. Dans l'exposé des motifs, l'abrogation de cette possibilité de pourvoi en cassation immédiat est justifiée en ces termes :

« La prolifération des exceptions au principe de base selon lequel la recevabilité du pourvoi contre les décisions préparatoires et d'instruction n'est ouverte qu'après l'arrêt ou le jugement définitif, est une des causes de l'engorgement de la Cour.

La suppression du pourvoi immédiat contre les arrêts rendus en application des articles 135, 235*bis* et 235*ter* du Code d'instruction criminelle a pour but d'éviter les dérives liées au développement du procès fait dans le procès.

Il s'agit d'une mesure suggérée avec insistance dans le Relevé des lois qui ont posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux, présenté le 17 octobre 2014 par le procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif (rapport 2013-2014, DOC 54-0435/001 pp. 31 à 33), tout comme dans son rapport de l'année précédente.

Elle vise aussi à pallier les conséquences négatives de l'allongement des procédures sur la détention préventive et sur le délai raisonnable.

Il n'en résulte toutefois pas un affaiblissement du contrôle de légalité de la procédure mais seulement le report de ce contrôle à la fin du procès, qui est le seul

moment où, disposant d'une vue d'ensemble, on peut mesurer l'impact véritable, sur la procédure, des irrégularités invoquées.

Une telle solution soulagerait la Cour d'un fardeau énorme et dont le nombre de pourvois rejetés indique qu'il est inutile » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 104-105).

B.50. La partie requérante dans l'affaire n° 6498 fait valoir que les articles 109, 110 et 115, attaqués, de la loi du 5 février 2016 violent les articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que « le ministère public et la partie civile [...] peuvent former un pourvoi en cassation immédiat contre toute ordonnance de non-lieu, même lorsque cette ordonnance est fondée sur l'irrégularité de l'instruction, alors que, à l'inverse, l'inculpé ne peut pas former un recours en cassation immédiat contre une ordonnance de renvoi, même lorsqu'il invoque l'irrégularité de l'instruction ».

(...)

B.51.2. Le Conseil des ministres fait valoir que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas applicable en l'espèce.

B.51.3. Si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est en principe pas applicable au cours de la phase préalable à la procédure pénale devant les juridictions qui statuent sur le bien-fondé de l'action pénale, il convient d'avoir égard au fait que les exigences de l'article 6 peuvent jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès (Cour eur. D.H., 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, § 36).

B.52. Il appartient à la Cour de juger si la différence de traitement entre, d'une part, le ministère public et la partie civile, qui peuvent former un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de non-lieu, et, d'autre part, l'inculpé, qui ne peut former un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de renvoi, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette différence de traitement découle du fait qu'un arrêt de non-lieu est un arrêt définitif, contre lequel, conformément à l'article 417 du Code d'instruction criminelle, un pourvoi en cassation immédiat peut être formé, alors qu'un arrêt de renvoi est une décision préparatoire ou d'instruction contre laquelle, conformément à la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, et du fait de la suppression, par la disposition attaquée, de l'exception prévue à l'alinéa 2, 2^o, du même article, un pourvoi en cassation ne peut être formé qu'après la décision définitive.

B.53. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.54. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à un procès équitable, n'implique pas, de manière générale, le droit à un pourvoi en cassation. Toutefois, lorsque le législateur prévoit la voie de recours du pourvoi en cassation, il doit à cette occasion garantir un déroulement équitable de la procédure et ne peut refuser cette voie de recours à certaines catégories de justiciables sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable.

Le droit d'accès à un juge, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable, peut être soumis à des conditions de recevabilité, notamment en ce qui concerne l'introduction d'une voie de recours. Ces conditions ne peuvent cependant aboutir à restreindre ce droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance même. Tel serait le cas si les restrictions imposées ne tendaient pas vers un but légitime et s'il n'existait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La compatibilité de ces limitations avec le droit d'accès à un tribunal dépend des particularités de la procédure en cause et s'apprécie au regard de l'ensemble du procès (Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, §§ 69-70).

B.55.1. Les dispositions attaquées introduisent une mesure, suggérée à plusieurs reprises déjà par la Cour de cassation, visant à maîtriser et éliminer un arriéré juridictionnel considérable et persistant (*cf.* Rapport 2012-2013 du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-1414/011, et Sénat, 2012-2013, n° 5-1453/7, pp. 5-10; Rapport 2013-2014 du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, DOC 54-0435/001, et Sénat, 2014-2015, n° 6-39/1, pp. 31-33).

L'afflux de pourvois en cassation et l'arriéré qui en résulte pourraient entre autres s'expliquer par la possibilité de former, par dérogation au principe général contenu dans l'article 420, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du même Code (*cf.* Rapport 2012-2013 du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif, précité, p. 8). Selon les travaux préparatoires de la disposition attaquée, « [c]ette faculté dégénère souvent en procès fait dans le procès, allongeant démesurément les procédures avant même le jugement de l'affaire au fond, où les mêmes questions seront repostées sous un habillage différent ou par une autre partie » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 19).



B.55.2. Les dispositions attaquées poursuivent dès lors un objectif légitime, à savoir la maîtrise et l'élimination d'un arriéré juridictionnel considérable, et sont pertinentes pour atteindre cet objectif.

Elles ne limitent pas les droits des personnes concernées de manière disproportionnée. Du fait de la suppression de la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, de ce Code est d'application. Un pourvoi en cassation est donc toujours ouvert contre ces décisions, fût-ce uniquement après l'arrêt ou le jugement définitifs.

B.55.3. Certes, par les dispositions attaquées, le législateur revient à cet égard sur le choix, qu'il avait opéré en adoptant la loi du 12 mars 1998, de purger définitivement les irrégularités du dossier d'instruction avant que l'affaire soit renvoyée devant le juge du fond. Un tel changement de politique relève du pouvoir d'appréciation du législateur.

Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires cités en B.49.5, ce choix est justifié par la constatation que la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions de la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} a entraîné un afflux de recours et un arriéré juridictionnel considérable. Ce choix est en outre conforme aux évolutions de la jurisprudence et de la législation, qui ont pour conséquence que les irrégularités, omissions ou causes de nullité examinées par la chambre des mises en accusation peuvent encore, dans certaines circonstances, être portées devant la juridiction de jugement, de sorte que l'objectif poursuivi par la loi du 12 mars 1998 n'est en tout cas pas complètement atteint.

B.56. Le moyen dirigé contre les articles 99, 100 et 115 de la loi du 5 février 2016 n'est pas fondé.

Les délais de maintien de la détention préventive

B.57. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6493 et 6498 demandent l'annulation des articles 128, 129, 130 et 136 de la loi du 5 février 2016. Elles font valoir que ces dispositions ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11, 12 et 23 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec d'autres dispositions et principes conventionnels.

La partie requérante dans l'affaire n^o 6493 demande également l'annulation de l'article 121 de la loi du 5 février 2016, qui serait indissociablement lié à l'article 128 attaqué.

(...)

B.59.1. Les articles 128, 129, 130 et 136, attaqués, de la loi du 5 février 2016 modifient les délais de maintien de la détention préventive, tels qu'ils sont prévus par les articles 22, 22*bis*, 23 et 30 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (ci-après : la loi du 20 juillet 1990).

B.59.2. En vertu de l'article 21 de la loi du 20 juillet 1990, la première ordonnance de maintien de la détention préventive, qui doit être prise par la chambre du conseil dans les cinq jours à compter de la signification du mandat d'arrêt, est valable un mois.

B.59.3. L'article 22 de la loi du 20 juillet 1990 concerne le délai de maintien de la détention préventive à partir de la deuxième comparution de l'inculpé devant la chambre du conseil.

Avant sa modification par l'article 128 attaqué, l'article 22 disposait que la chambre du conseil, tant qu'il n'était pas mis fin à la détention préventive et que l'instruction n'était pas close, était appelée à statuer, de mois en mois, sur le maintien de la détention préventive (art. 22, al. 1^{er}). Si le fait mis à charge ne relevait pas de l'application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, la chambre du conseil statuait tous les trois mois sur le maintien de la détention préventive (art. 22, al. 2).

L'ancien article 22 établissait donc une distinction entre les délits et les crimes correctionnalisables, d'une part, et les crimes non correctionnalisables, d'autre part : l'ordonnance de maintien de la détention préventive pour les infractions citées en premier lieu était toujours valable un mois, tandis que, pour les crimes non correctionnalisables, dès la deuxième comparution devant la chambre du conseil, un délai de maintien de trois mois était applicable.

Dans le cas d'une ordonnance de maintien de la détention préventive pour trois mois, le dossier était mensuellement mis à la disposition de l'inculpé (art. 22, dernier alinéa). Par ailleurs, en vertu de l'ancien article 22*bis* de la loi du 20 juillet 1990, l'inculpé pouvait déposer de mois en mois une requête de mise en liberté devant la chambre du conseil. Si la chambre du conseil décidait de maintenir la détention préventive, cette décision était valable trois mois et l'inculpé pouvait, après un mois, introduire à nouveau une requête de mise en liberté.

En vertu de l'ancien article 30, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990, pour l'arrêt de la chambre des mises en accusation statuant en degré d'appel sur l'ordonnance de la chambre du conseil, les délais de maintien étaient les mêmes que pour l'ordonnance de la chambre du conseil : l'arrêt formait donc un titre de privation de liberté pour un mois, si le fait imputé concernait un délit ou un crime correctionnalisable, ou un titre de privation de liberté pour trois mois, s'il s'agissait d'un crime non correctionnalisable et si l'appel portait sur la deuxième décision ou sur une décision ultérieure concernant le maintien de la détention préventive. Par



ailleurs, l'article 30, § 4, alinéa 2, disposait que, si la chambre des mises en accusation statuait par un arrêt distinct sur la détention préventive, après avoir saisi un magistrat instructeur, par application des articles 135 et 235 du Code d'instruction criminelle, et que l'inculpé était privé de liberté, l'arrêt de maintien de la détention préventive formait titre de détention pour un mois.

B.59.4. Les dispositions attaquées ont modifié ces délais de maintien.

Le nouvel article 22, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 20 juillet 1990, tel qu'il a été remplacé par l'article 128 attaqué, dispose :

« Tant qu'il n'est pas mis fin à la détention préventive et que l'instruction n'est pas close, la chambre du conseil est appelée à statuer, de mois en mois ou, à partir de la troisième décision, tous les deux mois, sur le maintien de la détention et sur la modalité de l'exécution de celle-ci.

À partir de la troisième décision, l'ordonnance de maintien en détention préventive et relative à la modalité de l'exécution de celle-ci forme un titre de privation de liberté pour deux mois ».

Les articles 22, dernier alinéa, et 22*bis* de la loi du 20 juillet 1990, qui prévoyaient, en cas de décision de maintien pour trois mois, respectivement une mise à disposition mensuelle du dossier ou la possibilité d'introduire une requête de mise en liberté, ont été abrogés par les articles 128 et 129 attaqués.

Les références à l'article 22*bis* abrogé qui figuraient dans les articles 23 et 30 de la loi du 20 juillet 1990 ont été supprimées par les articles 130 et 136 attaqués.

Enfin, l'article 136 attaqué a modifié, dans l'article 30, § 4, de la loi du 20 juillet 1990, les délais des décisions de maintien de la chambre des mises en accusation. L'article 30, § 4, dispose depuis :

« La juridiction d'appel statue en tenant compte des circonstances de la cause au moment de sa décision. Si la chambre des mises en accusation, dans les cas des articles 21, 22 et 28, décide de maintenir la détention préventive, l'arrêt forme un titre de privation de liberté pour un mois à partir de la décision si elle porte sur la première ou la deuxième ordonnance de la chambre du conseil ou pour deux mois à partir de la décision si elle porte sur une ordonnance subséquente.

Si, à la suite de l'application des articles 135 et 235 du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation saisit un magistrat instructeur et que l'inculpé est détenu, la chambre des mises en accusation statue sur la détention préventive par un arrêt séparé qui, en cas de maintien de la détention préventive, forme titre de détention pour deux mois ».

B.59.5. Les dispositions attaquées ont donc abrogé l'ancienne distinction entre, d'une part, les délits et les crimes correctionnalisables et, d'autre part, les crimes non correctionnalisables. Pour toutes les infractions, la première et la deuxième décision de la chambre du conseil ou, sur appel, de la chambre des mises en accusation, tendant au maintien de la détention préventive, forment titre de détention pour un mois, tandis que les décisions ultérieures de maintien forment titre de détention pour deux mois. L'inculpé ne dispose plus de la possibilité d'introduire dans l'intervalle une requête de mise en liberté et le dossier n'est plus mis à disposition mensuellement.

B.59.6. Ces modifications des délais de maintien de la détention préventive ont été justifiées comme suit :

« Le premier point concerne la modification du contrôle mensuel.

L'étude 'La détention préventive et ses alternatives. Chercheurs et acteurs en débat' de l'INCC (2011) permet de déduire un certain nombre de durées moyennes de la détention préventive.

Ainsi, il apparaît que les personnes suspectées d'homicide restent le plus longtemps en détention préventive (141,6 jours). De plus longues périodes de détention ont également été constatées concernant les infractions 'association de malfaiteurs' (97,2 jours), 'traite des êtres humains' (87,7 jours), 'prise d'otage' (79,8 jours) et 'viol' (70,3 jours). Pour les trois catégories d'infractions les plus fréquentes, 'vol', 'vol avec violences' et 'stupéfiants', une durée de détention préventive de respectivement 51,8 jours, 60,5 jours et 66,0 jours a été relevée (p. 52 de l'étude).

Sur la base de ces chiffres, il paraît opportun d'adapter les moments de contrôle de la détention préventive et de rationaliser ceux-ci de manière uniforme [...].

Le présent projet propose le déroulement suivant concernant le contrôle de la nécessité du maintien de la détention préventive : cinq jours – un mois – un mois – ensuite, tous les deux mois.

[...]

Pareil déroulement répond, d'une part, aux constatations de durée moyenne d'une détention préventive et à la garantie d'un contrôle régulier de la nécessité ultérieure du maintien de la détention préventive et, d'autre part, à l'objectif poursuivi par le législateur en 2005 de rationalisation de la procédure pour les instructions de longue durée, ce de manière uniforme pour toutes les infractions afin d'éviter les imprécisions et les difficultés qui ont surgi après 2005 (voir plus loin au point 2 du présent commentaire).

De plus, il est rappelé que conformément à l'article 25 de la loi, le juge d'instruction peut décider à tout moment de donner mainlevée du mandat d'arrêt, sans que le ministère public puisse interjeter appel contre cette ordonnance de mainlevée.

Le but de cette disposition n'est donc pas de rallonger la détention préventive mais de simplifier et rationaliser la procédure de contrôle en uniformisant les délais pour tous les chefs d'inculpation.

Le deuxième point vise à supprimer la distinction que le législateur a introduite en 2005 en ce qui concerne le contrôle trimestriel de la détention préventive pour les crimes non correctionnalisables. Cette distinction a été introduite en vue d'une certaine rationalisation de la procédure sur la base du constat qu'une instruction de plus longue durée est nécessaire pour les crimes non correctionnalisables. Avec cette modification, le législateur voulait éviter que le dossier fasse trop d'allers et retours entre le juge d'instruction et la chambre du conseil et gagner ainsi un temps précieux en permettant au juge d'instruction de disposer plus longtemps de son dossier et de poursuivre son instruction.

Malgré cet objectif louable, la distinction introduite par le législateur est, depuis son introduction, source de difficultés et de confusion dans la pratique juridique. Elle a également fait l'objet de vives critiques dans la doctrine. Dans ses rapports de suivi législatif successifs, le Collège des procureurs généraux a toujours cité cette distinction comme un problème important, voire le principal problème, dans la loi relative à la détention préventive. Nous devons dès lors conclure qu'il est indiqué de prévoir à nouveau une durée uniforme sans aucune distinction entre les infractions qui se trouvent à la base du mandat d'arrêt.

Enfin, la dernière adaptation est une adaptation d'ordre technique qui découle de la suppression de la distinction entre les crimes correctionnalisables et les crimes non correctionnalisables. Compte tenu de l'abrogation de l'alinéa 2, ces passages, qui renvoient à la mise à disposition en l'espèce du dossier et aux modalités de mise à disposition du dossier, doivent également être supprimés.

[...]

Dans son avis 57 792/1/V (nr 89), le Conseil d'État précise : 'Vu cette déclaration et le fait qu'un contrôle bimensuel sur la détention préventive n'a pas été jugé contraire à l'article 5 de la C.E.D.H. par la Cour européenne des droits de l'homme (voy. par exemple Cour eur. D.H., *Abdulhakov c. Russie*, 2 octobre 2012, § 213), les modifications contenues à l'article 126 du projet paraissent admissibles'. (traduction libre) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 120-122).

En ce qui concerne la suppression de la possibilité pour la personne inculpée d'un crime non correctionnalisable d'introduire mensuellement une requête de mise en liberté, les travaux préparatoires indiquent :

« Vu la suppression de cette distinction [concernant les crimes non correctionnalisables], l'abrogation de l'article 136^{ter} du Code d'instruction criminelle précité et la diminution du délai maximal (ramené de trois à deux mois) entre deux contrôles de la détention préventive par la chambre du conseil, cet article doit également être abrogé » (*ibid.*, p. 122).

B.60. La partie requérante dans l'affaire n° 6493 fait valoir que l'article 128, attaqué, de la loi du 5 février 2016 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il établit une différence de traitement entre, d'une part, les personnes en détention préventive lors d'une première et d'une deuxième comparution devant la juridiction d'instruction, pour lesquelles la détention est réexaminée mensuellement, et, d'autre part, les personnes en détention préventive lors d'une troisième comparution ou d'une comparution ultérieure devant la même juridiction, pour lesquelles la détention est réexaminée tous les deux mois.

B.61. Les articles 10 et 11 de la Constitution invitent à comparer les situations respectives de deux catégories de personnes différentes et non les situations dans lesquelles se trouve une même personne au cours de phases successives d'une même procédure.

Le fait qu'une même personne soit traitée différemment en ce qui concerne le délai de maintien de sa détention préventive selon qu'il s'agit d'une première ou d'une deuxième décision de maintien ou d'une décision de maintien ultérieure ne saurait en soi constituer une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.62. Les parties requérantes dans les affaires n°s 6493 et 6498 font ensuite valoir que les dispositions attaquées violent les articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que ces dispositions portent le délai de maintien de la détention préventive à deux mois, sans que l'inculpé puisse, dans l'intervalle, introduire une requête de mise en liberté.

B.63.1. L'article 12, alinéa 3, de la Constitution, avant la révision du 24 octobre 2017, disposait :

« Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

[...]

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

[...]

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1. c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.
4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

B.63.2. Eu égard à l'importance fondamentale de l'*habeas corpus*, toutes les limitations de la liberté individuelle doivent être interprétées de manière restrictive et leur constitutionnalité doit être examinée avec la plus grande circonspection.

B.63.3. Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées.

B.63.4. Étant donné que tant l'article 12 de la Constitution que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissent le droit à la liberté individuelle, la Cour doit, lorsqu'elle exerce un contrôle au regard de cette disposition constitutionnelle, prendre en compte la disposition conventionnelle précitée.

B.64.1. En vertu de l'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne qui est privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et qu'il ordonne sa libération si la détention est illégale.

Un système de contrôle périodique et automatique de la légalité de la détention, sans que la personne en détention préventive dispose de la possibilité d'introduire dans l'intervalle une requête en révision, n'est pas en soi incompatible avec l'article 5.4, à condition que la révision ait lieu à des intervalles raisonnables (Cour eur. D.H., 24 septembre 2000, *Herczegfalvy c. Autriche*, § 75 ; 2 octobre 2012, *Abdulkhakov c. Russie*, §§ 209 et 210). Cette exigence de contrôle à intervalles rai-

sonnables diffère selon la nature de la détention concernée. Une détention préventive, mesure qui, selon la Convention européenne, doit être de durée strictement limitée, exige des intervalles courts (Cour eur. D.H., 25 octobre 1989, *Bezicheri c. Italie*, § 21 ; *Abdulkhakov c. Russie*, précité, § 213).

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà jugé qu'un système de contrôle périodique et automatique de la détention préventive prévoyant un délai maximum de deux mois entre les contrôles était compatible avec l'article 5.4 de la Convention (Cour eur. D.H., 15 novembre 2005, *Reinprecht c. Autriche*, §§ 24 et 33 ; *Abdulkhakov c. Russie*, précité, § 213).

B.64.2. Afin d'examiner le caractère raisonnable des intervalles, dans l'analyse du respect de l'exigence de « bref délai » visée à l'article 5.4 précité, il convient de tenir compte des différentes dispositions et des délais de procédure prévus par le droit interne (Cour eur. D.H., 21 avril 2009, *Raducu c. Roumanie*, § 82).

En vertu de l'article 22, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 21 juillet 1990, tel qu'il a été remplacé par l'article 128 attaqué, les première et deuxième décisions de la chambre du conseil et, le cas échéant, de la chambre des mises en accusation en degré d'appel, tendant au maintien de la détention préventive sont valables un mois. Ce n'est qu'à partir de la troisième décision de maintien de la détention préventive que cette décision forme titre de détention pour deux mois. À cet égard, le législateur a pu prendre en compte le constat que ce n'est que pour les infractions les plus graves que la détention préventive dépasse deux mois et cinq jours, de sorte que le délai de maintien de deux mois n'est appliqué, en pratique, que dans ces cas-là (voir *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 59).

En tant que la partie requérante dans l'affaire n° 6493 fait valoir que la Cour européenne des droits de l'homme établit des conditions plus strictes quant à la régularité de la détention préventive à mesure que la détention se prolonge, il convient de constater que ces conditions portent sur la motivation de la détention préventive. La Cour européenne juge ainsi que la pertinence des motifs de justification de la détention préventive, énumérés à l'article 5.1, c), décroît avec le temps et que les autorités judiciaires doivent présenter des motivations encore plus spécifiques pour justifier la persistance des raisons de la détention préventive (Cour eur. D.H., 16 mars 2010, *Jiga c. Roumanie*, § 76). Les dispositions attaquées, qui prolongent uniquement le délai de la décision de maintenir la détention préventive à mesure que la détention se prolonge ne portent pas atteinte à cette obligation spéciale de motivation pour les juridictions d'instruction, qui continue de s'appliquer pleinement.

En vertu de l'article 25 de la loi du 20 juillet 1990, le juge d'instruction peut à tout moment de l'instruction, d'office ou à la requête du procureur du Roi, décider de lever le mandat d'arrêt, sans qu'une voie de recours soit ouverte à l'encontre de cette décision. Si, au cours de la période entre les contrôles automatiques de la



détention préventive, des éléments nouveaux se présentent qui ont une incidence sur la régularité de la détention préventive, le juge d'instruction peut donc apprécier ces éléments et ordonner le cas échéant la libération de l'intéressé.

B.64.3. Compte tenu de ces circonstances et de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne peut être conclu que les dispositions attaquées, qui, à partir de la troisième décision de maintien de la détention préventive, prévoient un délai de maintien de deux mois sans que l'inculpé dispose de la possibilité d'introduire une requête de mise en liberté préventive intermédiaire, seraient déraisonnables au regard de l'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il incombe au juge compétent d'examiner, en tenant compte des circonstances de l'affaire et, plus particulièrement de sa complexité, ainsi que du comportement de l'inculpé et de l'attitude des autorités compétentes, si, en l'espèce, le « bref délai », visé à l'article 5.4 précité n'est pas dépassé.

B.64.4. À l'appui de son moyen, la partie requérante dans l'affaire n° 6493 se réfère encore à la règle 17(2) de la Recommandation du 27 septembre 2006 REC (2006)13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres « concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus », qui dispose :

« L'intervalle entre les réexamens ne doit en principe pas être supérieur à un mois, à moins que la personne concernée ne dispose du droit de présenter et de faire examiner, à tout moment, une demande de remise en liberté ».

Elle se réfère ensuite au principe 32.1 de la Résolution A/RES/43/173 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1988 « portant l'ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », qui dispose :

« La personne détenue ou son conseil aura le droit d'introduire à tout moment un recours, conformément au droit interne, devant une autorité judiciaire ou autre afin de contester la légalité de la mesure de détention et d'obtenir sa mise en liberté sans délai, si cette mesure est irrégulière ».

Cette recommandation et cette résolution n'ont pas force obligatoire. La méconnaissance des principes qu'elles contiennent, fussent-ils combinés avec les dispositions invoquées dans le moyen, ne peut dès lors justifier l'annulation des dispositions attaquées.

B.65. Par conséquent, les dispositions attaquées ne violent pas les articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La combinaison avec les autres dispositions et principes conventionnels invoqués au moyen n'aboutit pas à un autre résultat.

(...)

B.68. Les moyens qui sont dirigés contre les articles 128, 129, 130 et 136, attaqués, de la loi du 5 février 2016 ne sont pas fondés.

Le pourvoi en cassation en matière de détention préventive

B.69. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6492, 6496, 6497 et 6498 demandent l'annulation des articles 127 et 137 de la loi du 5 février 2016, qui limitent la possibilité de former un pourvoi en cassation en matière de détention préventive.

Elles font valoir que ces dispositions ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11, 12, 13 et 23 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec d'autres dispositions et principes constitutionnels et conventionnels.

B.70. Les griefs formulés par les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6496, 6497 et 6498 sont exclusivement dirigés contre l'article 137 attaqué. Seule la partie requérante dans l'affaire n^o 6493 développe, contre l'article 127 attaqué, des griefs analogues aux griefs dirigés contre l'article 137.

B.71.1. L'article 137, attaqué, de la loi du 5 février 2016 modifie l'article 31, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, qui prévoit, en ce qui concerne les décisions par lesquelles la détention préventive est maintenue, un délai spécifique pour introduire un pourvoi en cassation, ainsi qu'un délai abrégé dans lequel la Cour de cassation doit statuer.

Avant la modification apportée à l'article 31, § 2, précité par l'article 137 de la loi du 5 février 2016, l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 disposait :

« § 1. Les arrêts et jugements par lesquels la détention préventive est maintenue, sont signifiés à l'inculpé dans les vingt-quatre heures, dans les formes prévues à l'article 18.

§ 2. Ces décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de vingt-quatre heures qui court à compter du jour où la décision est signifiée à l'inculpé.

§ 3. Le dossier est transmis au greffe de la Cour de cassation dans les vingt-quatre heures à compter du pourvoi. Les moyens de cassation peuvent être proposés soit dans l'acte de pourvoi, soit dans un écrit déposé à cette occasion, soit dans un mémoire qui doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard le cinquième jour après la date du pourvoi.

La Cour de cassation statue dans un délai de quinze jours à compter de la date du pourvoi, l'inculpé restant en détention. L'inculpé est mis en liberté si l'arrêt n'est pas rendu dans ce délai.



§ 4. Après un arrêt de cassation avec renvoi, la chambre des mises en accusation à laquelle la cause est renvoyée doit statuer dans les quinze jours à compter du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, l'inculpé restant entre-temps en détention. Il est mis en liberté si l'arrêt de la chambre des mises en accusation n'est pas rendu dans ce délai.

Pour le surplus, les dispositions de l'article 30, §§ 3 et 4, sont d'application.

Si la juridiction de renvoi maintient la détention préventive, sa décision constitue un titre de détention pour un mois à compter de la décision.

§ 5. Si le pourvoi en cassation est rejeté, la chambre du conseil doit statuer dans les quinze jours à compter du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, l'inculpé restant entre-temps en détention. Il est mis en liberté si l'ordonnance de la chambre du conseil n'est pas rendue dans ce délai ».

L'article 137 attaqué limite la possibilité d'un pourvoi en cassation « immédiat » aux arrêts de la chambre des mises en accusation rendus en degré d'appel contre la première décision de maintien de la détention préventive, prise par la chambre du conseil sur la base de l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990. Par contre, les autres décisions de maintien de la détention préventive, à savoir les arrêts rendus en appel contre les décisions ultérieures de maintien de la détention préventive rendues par la chambre du conseil sur la base de l'article 22 de la loi du 20 juillet 1990, ne peuvent plus faire l'objet d'un pourvoi en cassation « immédiat ».

L'article 31, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, tel qu'il a été modifié par l'arrêt 137, attaqué, dispose en effet :

« Ces décisions [par lesquelles la détention préventive est maintenue] ne sont susceptibles d'aucun pourvoi en cassation immédiat, à l'exception des arrêts rendus par la chambre des mises en accusation sur l'appel formé contre les décisions visées à l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, lesquels peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de vingt-quatre heures, qui court à compter du jour où la décision est signifiée à l'inculpé ».

B.71.2. L'article 127 attaqué modifie l'article 20, § 6, de la loi du 20 juillet 1990 afin de supprimer la possibilité de pourvoi en cassation « immédiat » qui existait auparavant contre les décisions relatives aux mesures de mise à l'écart de l'inculpé ou de surveillance électronique, décidées dans le cadre de l'exécution du mandat d'arrêt.

Avant sa modification, l'article 20, § 6, de la loi du 20 juillet 1990 disposait :

« L'inculpé peut introduire auprès de la juridiction d'instruction qui statue sur la détention préventive une requête en vue de la modification ou de la levée des mesures imposées par le juge d'instruction en vertu des § 3 et § 3bis. Cette requête est jointe au dossier de la détention préventive.

La procédure se déroule conformément aux dispositions des articles 21 à 24. L'appel de la décision est interjeté conformément à l'article 30 et le pourvoi en cassation est introduit conformément à l'article 31 ».

Tel qu'il a été modifié par l'article 127 attaqué, l'article 20, § 6, dispose :

« L'inculpé peut introduire auprès de la juridiction d'instruction qui statue sur la détention préventive une requête en vue de la modification ou de la levée des mesures imposées par le juge d'instruction en vertu des § 3 et § 3bis. Cette requête est jointe au dossier de la détention préventive.

La procédure se déroule conformément aux dispositions des articles 21 à 24. L'appel de la décision est interjeté conformément à l'article 30. La décision prononcée en appel n'est susceptible d'aucun pourvoi en cassation immédiat ».

B.72.1. En ce qui concerne la limitation de la possibilité de former un pourvoi en cassation contre les confirmations de la détention préventive, les travaux préparatoires exposent :

« Cet article vise à limiter la possibilité de former un pourvoi en cassation dans le cadre de la détention préventive.

Cette mesure s'inscrit dans le cadre de la poursuite de la rationalisation de la procédure et vise à continuer à limiter les missions de la Cour à son '*core business*', à savoir l'examen d'arrêts ou de jugements définitifs.

La possibilité d'un pourvoi immédiat en matière de détention préventive est une dérogation à la règle générale suivant laquelle ce recours n'est ouvert qu'après la décision définitive de la juridiction de fond (art. 416 du Code d'instruction criminelle). Cette exception n'a été introduite qu'en 1990. Il est proposé non de la supprimer mais de la limiter.

Les affaires dans le cadre de la loi relative à la détention préventive ne concernent pas des arrêts ou des jugements définitifs. La lourdeur de la procédure et le nombre important d'affaires de détention préventive en cassation représentent en outre une lourde charge pour la Cour. Il ressort par ailleurs des chiffres de la Cour qu'elle ne décide de casser la décision que dans un nombre limité de cas. Ainsi, la chambre de la Cour qui traite des affaires pénales a rendu 1921 arrêts (F + N) en 2014, dont 240 (78 F et 162 N) concernaient des affaires de détention préventive. Dans ces derniers, la Cour n'a décidé de casser la décision qu'à 15 reprises (6 F et 9 N); 94 % des pourvois n'ont donc mené à aucune cassation. Et chaque cassation n'entraîne pas nécessairement une libération par la chambre à laquelle l'affaire est renvoyée.

La possibilité de pourvoi en cassation, introduite en 1990 par le législateur, n'offre donc qu'une plus-value très limitée dans la pratique. Cette donnée et le choix de



concentrer les travaux de la Cour de cassation sur son *'core business'* conduisent donc à la constatation que le pourvoi en cassation dans le cadre de la détention préventive peut être à tout le moins limité.

Le pourvoi restera possible en matière de détention préventive mais seulement contre la décision de la chambre des mises en accusation de maintenir la détention préventive sur l'appel formé contre l'ordonnance de la chambre du conseil rendue dans les cinq jours du mandat d'arrêt.

Le contrôle de la légalité de celui-ci paraît en effet plus crucial que celui des décisions, ultérieures, de prolongation de la détention préventive. En effet, c'est lors de cette première confirmation que sont vérifiées la légalité et la régularité du mandat d'arrêt. Lors des comparutions suivantes, la chambre du conseil n'est plus habilitée à procéder à cet examen, son contrôle se limitant alors à la persistance d'indices sérieux de culpabilité à charge de l'inculpé et à la nécessité de maintenir la détention préventive au regard des critères légaux ou d'en modifier la modalité d'exécution (art. 22, al. 6).

Pour le reste, le pourvoi restera possible après la décision définitive au fond, selon le droit commun. Certes, puisque la détention préventive aura été subie, l'intérêt pratique d'un pourvoi sera moindre (sauf possibilité d'indemnisation) mais la Cour de cassation conservera de la sorte sa tâche de préciser sa jurisprudence en matière de détention préventive et de censurer les violations de la loi. Il n'existe dès lors pas de raison de penser que les juridictions seront à l'avenir moins attentives à motiver adéquatement leurs décisions de prolongation de détention préventive.

Enfin, ce contrôle immédiat de la Cour paraît d'autant moins s'imposer que le juge d'instruction [a] la faculté de donner à tout moment, d'office ou sur réquisitions du ministère public, mainlevée du mandat d'arrêt, et ce sans aucun recours (art. 25 de la loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive). Même sans possibilité de pourvoi, il existe donc déjà un triple degré de contrôle de la détention préventive par des juges distincts : le juge d'instruction, la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation, ce qui explique le nombre infinitésimal de cassations (15 en 2014 sur 11.660 écrous sur la base d'un mandat d'arrêt, soit à peine plus d'un sur mille) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 127-128).

B.72.2. En ce qui concerne la suppression du pourvoi en cassation contre les décisions relatives aux restrictions à la « libre circulation » dans le cadre de la détention préventive, les travaux préparatoires exposent :

« Cet article supprime la possibilité de former un pourvoi en cassation contre les décisions relatives aux restrictions à la 'libre circulation' dans le cadre de la détention préventive.

Pour les raisons qui amènent à limiter la possibilité de former un pourvoi en cassation contre les décisions de maintien de la détention préventive et contre les décisions de rejet des demandes de mise en liberté, cette possibilité doit ici être supprimée (pour l'exposé des motifs complet, *cf. infra* commentaire de l'article 138) » (*ibid.*, pp. 119-120).

B.72.3. En ce qui concerne l'article en projet devenu l'article 137 attaqué, la section de législation du Conseil d'État a émis les observations suivantes :

« En soi, il ne résulte pas de l'article 5, § 4, de la C.E.D.H. qu'un pourvoi en cassation immédiat doit être ouvert contre des décisions prises en matière de détention préventive. Cette disposition ne comporte même pas un droit à interjeter appel de décisions de justice ordonnant ou prolongeant la privation de liberté. Dans l'arrêt sur l'affaire *Jecius contre Lituanie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à cet égard comme suit :

'L'article 5, § 4, ne garantit aucun droit, en tant que tel, à un recours contre les décisions ordonnant ou prolongeant une détention, puisque la disposition en question comporte en anglais le terme de "proceedings" et non celui d'"appeal". En principe, l'article 5, § 4, se contente de l'intervention d'un organe unique, à condition que la procédure suivie ait un caractère judiciaire et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, série A n° 12, pp. 40-41, § 76)'.

Consécutivement à la disposition en projet, une différence de traitement est toutefois opérée entre les personnes qui forment un pourvoi en cassation contre des arrêts rendus en matière de détention préventive, selon qu'il s'agisse d'une première décision de maintien (immédiatement après que le juge d'instruction a décerné un mandat d'arrêt) ou de la prolongation de la détention. Selon l'exposé des motifs, le contrôle exercé à la suite du pourvoi en cassation cité en premier lieu serait ' en effet plus crucial que celui des décisions, ultérieures, de prolongation de la détention préventive '. La question est de savoir si cette justification sommaire peut suffire, compte tenu également du jugement de la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel les motivations de la détention préventive doivent être contrôlées de manière plus stricte avec le temps. La question se pose également de savoir si la constatation que seul un nombre limité des pourvois en cassation concernés aboutissent peut offrir une justification adéquate à la distinction opérée, dès lors que des moyens moins radicaux existent ou peuvent être introduits pour éviter un abus de procédure.

Compte tenu de ce qui précède, les auteurs du projet devront se concerter à nouveau sur la question de savoir si la limitation en projet du pourvoi en cassation en matière de détention préventive fait l'objet d'une justification adéquate. Dans l'hypothèse où l'article 135 du projet est maintenu, il est recommandé, en tout état



de cause, de se pencher d'une manière plus circonstanciée sur cette justification » (*ibid.*, pp. 281-282).

B.73.1. Les parties requérantes font valoir que l'article 137, attaqué, de la loi du 5 février 2016 porte atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il crée une différence de traitement entre les personnes qui font l'objet d'un arrêt de la chambre des mises en accusation décidant le maintien de la détention préventive, selon qu'il s'agit d'une première décision ou d'une décision ultérieure de maintien de la détention préventive. L'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'un pourvoi en cassation « immédiat » que dans le premier cas.

B.73.2. Comme il est dit en B.61, les articles 10 et 11 de la Constitution invitent à comparer les situations de deux catégories de personnes différentes et non les situations d'une seule et même personne dans différentes phases d'une seule et même procédure.

Le fait qu'une seule et même personne soit traitée différemment, en ce qui concerne la possibilité de former un pourvoi en cassation « immédiat », selon qu'il s'agit ou non d'une première décision confirmant la détention préventive, ne saurait constituer une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.74. Les parties requérantes allèguent encore la violation, par l'article 137 attaqué, des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que les personnes qui font l'objet d'une deuxième décision ou d'une décision ultérieure de maintien de la détention préventive ne peuvent former un pourvoi en cassation « immédiat » contre l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, alors que les personnes qui font l'objet d'une décision visée à l'article 420, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ou d'un arrêt ou jugement définitif, peuvent en revanche former un pourvoi en cassation « immédiat ».

B.75.1. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.75.2. Il s'impose de rappeler en l'espèce, comme il est dit en B.63.2, qu'en égard à l'importance fondamentale de l'*habeas corpus*, toutes les limitations de la liberté individuelle doivent être interprétées de manière restrictive et leur constitutionnalité doit être examinée avec la plus grande circonspection.

B.75.3. L'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention le droit

d'introduire un recours devant un tribunal, ne fait naître aucun droit à un recours contre les décisions juridictionnelles ordonnant ou prolongeant une arrestation. En vertu de l'article 5.4, l'intervention d'un organe unique suffit, à condition que la procédure suivie ait un caractère juridictionnel et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit (Cour eur. D.H., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, § 76 ; 31 juillet 2000, *Jecius c. Lituanie*, § 100).

Parmi ces garanties figure l'exigence d'une motivation de la détention préventive qui tienne compte de l'écoulement du temps, la Cour européenne des droits de l'homme considérant que le danger de nature à justifier une détention provisoire « décroît nécessairement avec le temps et que, dès lors, les autorités judiciaires doivent présenter des motivations encore plus spécifiques pour justifier la persistance des raisons de la détention » (Cour eur. D.H., 16 mars 2010, *Jiga c. Roumanie*, § 76; 15 mars 2011, *Begu c. Roumanie*, § 84), la détention ne demeurant « légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé » (Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, *I.A. c. France*, § 104).

B.76.1. Telle qu'elle est organisée par la loi du 20 juillet 1990, la détention préventive est une mesure exceptionnelle (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/2, pp. 6, 8 et 18), qui doit être motivée et ne peut être justifiée qu'en cas d'« absolue nécessité pour la sécurité publique ». Cette mesure vise à garantir « en même temps les droits fondamentaux de l'individu et les besoins de la société » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/1, p. 1; *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/2, p. 4).

La décision de maintenir la détention préventive est prise par la chambre du conseil en première instance et par la chambre des mises en accusation en degré d'appel. La procédure revêt incontestablement un caractère juridictionnel. Les juridictions d'instruction statuent de mois en mois ou, à partir de la troisième décision, tous les deux mois, sur le maintien de la détention préventive.

La décision de maintien en détention préventive doit être motivée par la juridiction d'instruction « comme il est prévu à l'article 16, § 5, premier et deuxième alinéas » de la loi du 20 juillet 1990, notamment au regard de l'« absolue nécessité pour la sécurité publique ».

B.76.2. L'article 137 attaqué a pour conséquence qu'un pourvoi en cassation « immédiat » est ouvert uniquement contre les arrêts rendus par la chambre des mises en accusation sur l'appel formé contre la première décision de maintien de la détention préventive. À l'égard des autres décisions de maintien de la détention préventive, et notamment à partir de la deuxième décision de maintien, plus aucun pourvoi en cassation « immédiat » ne peut être formé.

Il ressort des travaux préparatoires cités en B.72.1 que cette suppression d'un pourvoi en cassation « immédiat » a été justifiée par le fait qu'en matière de dé-



tention préventive, 94 % des pourvois n'ont donné lieu à aucune cassation (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 127), ainsi que par le fait que le « contrôle de la légalité de [la première décision de maintien de la détention préventive] paraît en effet plus crucial que celui des décisions subséquentes de prolongation de la détention préventive. En effet, c'est lors de cette première confirmation que sont vérifiées la légalité et la régularité du mandat d'arrêt. Lors des comparutions suivantes, la chambre du conseil n'est plus habilitée à procéder à cet examen, son contrôle se limitant alors à la persistance d'indices sérieux de culpabilité à charge de l'inculpé et à la nécessité de maintenir la détention préventive au regard des critères légaux ou d'en modifier la modalité d'exécution » (*ibid.*, p. 128 ; voir aussi *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 24).

Il convient d'examiner si cette double justification peut, au regard de la limitation qu'apporte à la liberté individuelle une décision de maintien de la détention préventive, justifier qu'un pourvoi en cassation soit de la sorte supprimé.

B.77.1. Les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1990, qui a expressément organisé le pourvoi en cassation en matière de détention préventive, exposent la *ratio legis* d'un régime spécifique de pourvoi en cassation en cette matière :

« Sans aucun texte légal, la jurisprudence considère comme admissible le pourvoi en cassation contre les arrêts de confirmation du mandat d'arrêt ou de maintien de la détention préventive. Étant donné qu'il n'existe aucune réglementation légale spécifique, la procédure en cassation se déroule de la manière ordinaire. Il n'y a aucun délai pour la prononciation de l'arrêt de la Cour, comme il n'y a aucun délai pour la prononciation de l'arrêt du juge de renvoi. Il n'est pas question d'un effet suspensif quelconque du pourvoi. Ceci débouche nécessairement sur le système connu de la double procédure ou de la procédure parallèle concernant une seule et même détention préventive; pendant que la procédure en cassation se poursuit et pendant que, après cassation, une autre chambre des mises en accusation est saisie, la procédure normale continue avec la comparution mensuelle devant la chambre du conseil, suivie éventuellement d'un nouvel appel et d'un nouveau pourvoi, ce qui ne manque pas de donner lieu à des complications sans nom.

Le but a été de réaliser un système légal qui tienne compte du fait que les affaires de détention préventive méritent un traitement spécial, eu égard à l'urgence exceptionnelle de la contestation à juger.

Le souci prédominant a été d'exclure la procédure parallèle. Un premier pas dans cette direction a été effectué par la réglementation de l'appel. Le système est maintenant parachevé dans la procédure en cassation. Puisque la réglementation a en vue l'intérêt d'une bonne justice, donc l'intérêt de tous les intéressés, il est demandé à chacun une bonne volonté et un effort d'ailleurs bien compréhensibles.

Il n'y a aucune raison que l'inculpé dispose de quinze jours francs pour se pourvoir et non tout simplement du délai de 24 heures, délai qui est déjà celui de l'appel. Pour la Cour de cassation et éventuellement après le juge de renvoi, il y aura des délais extrêmement stricts, sans lesquels un système autonome de procédure en cassation en cette matière ne serait pas réalisable » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/1, pp. 17-18).

Le rapport mentionne également :

« Le pourvoi en cassation suscite lui aussi des difficultés à l'heure actuelle.

En raison de la longueur des délais qui ont cours en matière d'introduction des pourvois et de prononcé des arrêts, on se trouve bien souvent dans la pratique devant des situations de double procédure : une procédure est pendante devant la Cour de cassation, tandis qu'une autre est pendante devant la chambre des mises en accusation.

L'arrêt de cassation se fait attendre longtemps, ce qui a pour effet indirect de réduire l'effectivité du pourvoi.

Le projet de loi prévoit donc un jeu de délais réduits pour l'introduction des pourvois et pour le prononcé des arrêts.

Cette règle est fort importante, car elle garantit un contrôle effectif de la Cour de cassation » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/2, p. 14).

B.77.2. Il ressort de ces travaux préparatoires qu'en organisant le pourvoi en cassation en matière préventive, le législateur avait pour objectif de garantir l'efficacité du contrôle de la Cour de cassation, dans une matière considérée comme intrinsèquement « urgente », en prévoyant des délais abrégés pour l'introduction du pourvoi et le prononcé de l'arrêt, sans toutefois se préoccuper du caractère « immédiat » du pourvoi en cassation.

La garantie d'un arrêt rendu rapidement par la Cour de cassation en matière de détention préventive était donc considérée comme une condition de l'efficacité du pourvoi en cassation.

B.77.3. Rien ne permet de considérer que ces considérations quant à l'efficacité du pourvoi en cassation ne sont plus valables aujourd'hui.

D'une part, il est erroné de considérer, comme dans les travaux préparatoires précités, que le contrôle de la légalité et du respect des formalités substantielles serait moins crucial pour les décisions subséquentes de maintien de la détention préventive. En effet, comme il est dit en B.75.3, ces décisions restent soumises à une obligation de motivation, et cette obligation est même accentuée au regard de l'écoulement du temps, comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme.

D'autre part, l'efficacité d'un pourvoi en cassation doit être envisagée à la lumière de ses finalités et des garanties qu'il offre au justiciable, particulièrement en ce qui concerne une mesure privative de liberté, et non au regard du nombre statistique de cassations auxquelles il pourrait donner lieu.

B.77.4. En outre, la mesure attaquée entraîne des effets disproportionnés au regard du droit fondamental à la liberté individuelle sous-jacent à toute décision de maintien de la détention préventive.

En effet, même si l'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait naître aucun droit à un recours contre les décisions juridictionnelles visant à ordonner ou à prolonger une arrestation, de sorte que le législateur n'est pas tenu de prévoir un pourvoi en cassation contre une décision de maintien de la détention préventive, il n'en demeure pas moins qu'un contrôle de la légalité de ces décisions, et notamment du respect de l'obligation de motivation spéciale qui incombe aux juridictions d'instruction, constitue une garantie essentielle en ce domaine, ce que le législateur avait confirmé par la loi du 20 juillet 1990 et ce qu'il a encore confirmé en maintenant, par l'article 137 attaqué, un pourvoi en cassation à l'égard de la première décision de maintien de la détention préventive.

Quant à la possibilité évoquée dans les travaux préparatoires, de former un pourvoi en cassation contre la décision de maintenir la détention préventive, fût-ce après la décision définitive au fond, conformément à la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 128), elle n'est pas - à supposer que cette règle générale puisse s'appliquer en l'espèce - de nature à rendre la mesure proportionnée, dès lors que, comme l'indiquent les travaux préparatoires cités en B.77.1, l'efficacité d'un pourvoi en cassation en matière de détention préventive suppose que l'arrêt de la Cour de cassation soit rendu rapidement.

B.77.5. La suppression du pourvoi en cassation pour les décisions de maintien de la détention préventive autres que celles de la chambre des mises en accusation rendues en degré d'appel contre la première décision de maintien de la détention préventive n'est donc pas raisonnablement justifiée.

B.77.6. Dans la mesure où ils sont pris de la violation des articles 10, 11 et 12 de la Constitution, les moyens sont fondés en tant qu'ils sont dirigés contre l'article 137, attaqué, de la loi du 5 février 2016.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs, ceux-ci ne pouvant conduire à une annulation plus étendue.

B.78. Les parties requérantes invoquent des griefs identiques ou similaires contre l'article 127 de la loi du 5 février 2016, qui abroge le pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts rendus par la chambre des mises en accusation en ce qui

concerne la décision du juge d'instruction portant restriction des visites, de la correspondance et des communications téléphoniques, ou établissant une surveillance électronique à l'égard d'une personne en détention préventive.

Pour les mêmes motifs que ceux énoncés en B.75 à B.77, les moyens sont fondés en tant qu'ils sont dirigés contre l'article 127, attaqué, de la loi du 5 février 2016.

B.79. Une annulation pure et simple des articles 127 et 137 de la loi du 5 février 2016 risque d'engendrer une insécurité juridique à l'égard des décisions en matière de détention préventive contre lesquelles un pourvoi en cassation aurait pu être introduit en l'absence de ces dispositions.

Dès lors, en application de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, il y a lieu de maintenir les effets des dispositions annulées dans la mesure indiquée dans le dispositif.

La détention préventive sous surveillance électronique

B.80.1. La partie requérante dans l'affaire n° 6494 prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par l'article 132, 1°, de la loi du 5 février 2016, qui complète l'article 26, § 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive d'un alinéa rédigé comme suit :

« Si l'inculpé se trouve en détention sous surveillance électronique, la chambre du conseil peut, par décision motivée, maintenir la détention préventive sous surveillance électronique ».

B.80.2. L'article 26, § 3, est situé dans le chapitre VI du premier titre de la loi du 20 juillet 1990 précitée, chapitre qui traite de l'incidence du règlement de la procédure sur les mesures privatives de liberté. Au stade du règlement de la procédure, la chambre du conseil décide, lorsqu'elle renvoie l'inculpé devant la juridiction de jugement pour un fait passible d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à la durée de la détention préventive déjà subie, soit de le mettre en liberté, éventuellement sous conditions, soit de le maintenir en détention.

B.80.3. La partie requérante fait grief à la disposition attaquée de ne pas permettre à la chambre du conseil, statuant en règlement de la procédure, de décider de placer sous surveillance électronique un inculpé qui était, jusque-là, en détention préventive dans un établissement pénitentiaire, alors qu'elle peut, à ce stade, décider de maintenir sous surveillance électronique l'inculpé qui est déjà placé en détention préventive sous surveillance électronique. La disposition attaquée créerait ainsi une différence de traitement contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution entre inculpés, selon les modalités d'exécution de la détention préventive qui leur sont applicables au moment du règlement de la procédure.

B.81.1. En vertu de l'article 16, § 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990, le juge d'instruction qui décerne un mandat d'arrêt décide s'il doit être exécuté dans une prison ou par détention sous surveillance électronique. Celle-ci constitue donc une modalité d'exécution de la détention préventive. La détention sous surveillance électronique implique la présence permanente de l'inculpé à une adresse déterminée, sauf les déplacements autorisés.

B.81.2. En vertu des articles 21 et 22 de la même loi, chaque fois qu'elle statue sur le maintien de la détention préventive, la chambre du conseil peut en modifier les modalités, de sorte qu'elle peut décider qu'un inculpé exécutant la détention préventive en prison doit être placé sous surveillance électronique ou inversement. En revanche, lorsqu'elle statue au stade du règlement de la procédure, la chambre du conseil ne peut, aux termes de la disposition attaquée, décider qu'un inculpé détenu préventivement en prison est désormais placé en détention préventive sous surveillance électronique.

B.82.1. Il apparaît de l'exposé des motifs du projet de loi que le législateur avait l'intention, par cette disposition, de « remédier à la confusion qui [régnait] dans la législation quant à l'impact du règlement de la procédure sur la détention sous surveillance électronique » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 123). Le collège des procureurs généraux avait en effet attiré l'attention, dans sa circulaire n° 2/2014, sur le fait qu'au moment où le législateur avait introduit la surveillance électronique comme une modalité d'exécution de la détention préventive, il n'avait pas réglé le sort de cette modalité lors du règlement de la procédure. Cette lacune avait pour conséquence que les juridictions d'instruction ne pouvaient légalement décider, à l'égard d'un inculpé qui était sous surveillance électronique au moment du règlement de la procédure, le maintien de cette modalité de la détention préventive (*ibid.*). La Cour de cassation a en ce sens jugé, par un arrêt du 11 février 2015, qu'« au moment où elle ordonne le renvoi de l'inculpé qui se trouvait en détention préventive sous surveillance électronique, la juridiction d'instruction ne peut que mettre fin à cette détention ou libérer l'inculpé sous conditions en application de l'article 35 de [la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive] » (Cass., 11 février 2015, *Pas.*, 2015, n° 102).

B.82.2. Les travaux préparatoires relatifs à la disposition attaquée précisent :

« Cet article propose donc d'adapter l'article 26, § 3, de la loi relative à la détention préventive de manière à ce qu'il puisse être décidé dans le cadre du règlement de la procédure de maintenir la détention sous surveillance électronique lorsque l'intéressé se trouve à ce moment en détention sous surveillance électronique. Cette formulation permet d'éviter qu'au moment du renvoi, la chambre du conseil décide tout de même d'arrêter un suspect non détenu et de le placer sous surveillance électronique, ce qui pourrait être à l'origine d'un effet de *net-widening* qu'il faut éviter » (*ibid.*, p. 124).



B.82.3. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État avait attiré l'attention du législateur sur le fait que la formulation retenue ne permettait pas aux juridictions d'instruction, statuant en règlement de la procédure, de faire bénéficier un inculpé, jusque-là détenu préventivement en prison, de la modalité d'exécution de la détention préventive sous surveillance électronique :

« La question se pose de savoir si l'article 26, § 3, alinéa 2, en projet, [...] ne devrait pas aussi disposer que la chambre du conseil, lors du règlement de la procédure, peut décider de placer dorénavant sous surveillance électronique la personne qui est détenue mais qui ne se trouve pas sous surveillance électronique, comme tel est le cas lorsque la chambre du conseil statue sur le maintien de la détention préventive » (*ibid.*, p. 301).

B.83.1. La différence de traitement en cause repose sur le critère de la modalité d'exécution de la détention préventive au moment du règlement de la procédure. Un tel critère est objectif. En revanche, ce critère n'est pas pertinent pour justifier que les juridictions d'instruction ne puissent, au stade du règlement de la procédure, décider de faire bénéficier un inculpé détenu préventivement en prison de la surveillance électronique alors qu'elles peuvent, au même stade, décider du maintien de cette modalité d'exécution de la détention préventive à l'égard d'un inculpé qui se trouve déjà sous surveillance électronique et qu'elles peuvent également décider de la libération, le cas échéant sous conditions, de l'inculpé jusqu'alors détenu préventivement. En effet, les juridictions d'instruction, lors du règlement de la procédure, ont la compétence de statuer sur le maintien ou non de la détention préventive en prison ou sous surveillance électronique et examinent dès lors à ce moment s'il est justifié de maintenir l'intéressé en détention préventive et selon quelles modalités. Il n'est pas justifié qu'elles ne puissent pas décider, si elles constatent à cette occasion que l'inculpé réunit les conditions pour bénéficier de la surveillance électronique, de le faire bénéficier de cette modalité.

B.83.2. La mesure a, en outre, des effets disproportionnés à l'égard de l'inculpé se trouvant dans les conditions pour bénéficier d'une mesure de surveillance électronique au stade du règlement de la procédure et à l'égard duquel la chambre du conseil ne peut que décider le maintien en prison. Au surplus, la circonstance que cette situation ne se présenterait qu'exceptionnellement, ainsi que le soutient le Conseil des ministres, n'a pas pour effet d'atténuer les conséquences disproportionnées de la différence de traitement attaquée pour les inculpés qui se trouveraient dans cette situation.

B.84. Le moyen est fondé. Il y a lieu d'annuler l'article 132, 1^o, de la loi du 5 février 2016, en ce qu'il ne permet pas à la chambre du conseil, statuant au stade du règlement de la procédure, d'accorder à l'inculpé qui exécute la détention préventive en prison de bénéficier de la détention préventive sous surveillance électronique.



Les modalités d'exécution de la peine pour les personnes ne disposant pas d'un droit de séjour

B.85.1. Les parties requérantes dans l'affaire n° 6497 prennent un quatrième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 22 de la Constitution, par les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016, qui insèrent de nouvelles dispositions dans la loi du 17 mai 2006 « relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine ».

B.85.2. L'article 148 attaqué insère dans la loi précitée un nouvel article 20 qui dispose :

« La permission de sortie visée à l'article 4, § 3, le congé pénitentiaire et l'interruption de l'exécution de la peine ne sont pas accordés s'il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».

L'article 153 attaqué insère dans la loi précitée un nouvel article 25/2 qui dispose :

« La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».

L'article 163 attaqué complète l'article 59 de la loi précitée par deux nouveaux alinéas qui disposent :

« Ces modalités d'exécution des peines, à l'exception de la permission de sortie visée à l'article 4, § 2, ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume.

Les articles 64, 67, 68 et 70 s'appliquent ».

B.85.3. Les parties requérantes font grief à ces dispositions d'exclure de manière absolue les condamnés non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire du bénéficiaire de la majorité des modalités d'exécution de la peine dont peuvent bénéficier les condamnés purgeant une peine privative de liberté. Les dispositions attaquées créeraient ainsi une différence de traitement non justifiée entre condamnés selon leur statut de séjour, les Belges et les étrangers autorisés au séjour en Belgique pouvant prétendre à l'octroi de ces modalités s'ils se trouvent dans les conditions légales pour en bénéficier, les étrangers ne disposant pas d'un droit de séjour ne pouvant jamais y prétendre, même s'ils remplissent toutes les autres conditions pour en bénéficier.

B.86.1. La permission de sortie visée à l'article 4, § 3, de la loi précitée du 17 mai 2006 permet au condamné, au cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, de quitter la prison pour une période n'excédant pas seize heures afin de préparer sa réinsertion sociale. Le congé pénitentiaire permet au condamné qui se trouve dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle de quitter la prison trois fois trente-six heures par trimestre en vue de préserver et favoriser ses contacts familiaux, affectifs et sociaux et de préparer sa réinsertion sociale (artt. 6 et 7 de la même loi). L'interruption de l'exécution de la peine suspend l'exécution de la peine pour une durée de trois mois au maximum, renouvelable ; elle peut être accordée au condamné pour des motifs graves et exceptionnels à caractère familial (art. 15 de la même loi).

B.86.2. La détention limitée est un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière, l'établissement pénitentiaire pour une durée de seize heures maximum par jour. Elle peut être accordée en vue de lui permettre de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison (art. 21 de la même loi). La surveillance électronique est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit tout ou partie de sa peine en dehors de la prison, selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques (art. 22 de la même loi). Ces deux modes d'exécution de la peine peuvent être accordés par la juridiction d'application des peines au condamné qui se trouve, à six mois près, dans les conditions de temps pour une libération conditionnelle et qui satisfait à certaines conditions (art. 23 de la même loi). La libération conditionnelle est un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui peut être octroyé au condamné ayant déjà effectué une partie déterminée de sa peine et qui satisfait à certaines conditions, par lequel le condamné subit sa peine hors de la prison, moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé.

B.86.3. En vertu de l'article 59 de la même loi, à titre exceptionnel, la juridiction de l'application des peines, saisie d'une procédure d'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, peut accorder une modalité d'exécution de la peine autre que celle demandée si cela est absolument nécessaire pour permettre l'octroi à court terme de la modalité d'exécution de la peine sollicitée. Elle peut ainsi accorder une permission de sortie, un congé pénitentiaire, une détention limitée ou une surveillance électronique.

B.87. En application des dispositions attaquées, les condamnés étrangers qui ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire ne peuvent bénéficier des modalités d'exécution de la peine précitées. Ils peuvent en revanche prétendre à la permission de sortie visée à l'article 4, § 2, de la loi du 17 mai 2006, qui peut être octroyée à tout moment de la détention pour une durée déterminée de maximum seize heures en vue soit de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques,



familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent leur présence hors de la prison soit de subir un examen ou un traitement médical hors de la prison.

B.88.1. L'exposé des motifs indique au sujet des dispositions attaquées :

« Cet article tend à éviter qu'une permission de sortie, un congé pénitentiaire ou une interruption de l'exécution de la peine soit accordé à des condamnés qui sont dans le Royaume illégalement et qui ne peuvent donc pas demeurer dans la société libre. Ces modalités visent en outre à préparer ou à développer une réinsertion en Belgique après la libération, ce qui n'est pas possible pour cette catégorie de personnes. En effet, elles peuvent être libérées uniquement en vue de leur éloignement du territoire. La loi décrit les personnes de cette catégorie comme des condamnés pour lesquels il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner dans le Royaume » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54 1418/001, p. 131).

« Par analogie avec l'article 147 [devenu 148], l'octroi de la détention limitée, de la surveillance électronique et de la libération conditionnelle est exclu pour les condamnés pour lesquels il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner dans le Royaume » (*ibid.*, p. 133).

« Cette modification [de l'article 163] tend à éviter que des condamnés qui n'ont pas de droit de séjour dans le Royaume demeurent dans la société libre pendant une modalité d'exécution de la peine accordée par le tribunal de l'application des peines conformément à l'article 59 » (*ibid.*, p. 136).

B.88.2. Le législateur a prévu la possibilité d'octroi de la permission de sortie visée en B.87 aux condamnés étrangers ne bénéficiant pas d'un droit de séjour en réponse à l'avis de la section de législation du Conseil d'État. Celle-ci avait observé :

« Cet objectif [d'éviter que des personnes en séjour illégal se trouvent sur le territoire] ne saurait toutefois justifier les modifications proposées. En effet, à l'instar de la décision sur la détention elle-même, la décision d'octroyer une modalité d'exécution de la peine ne se conçoit pas comme une décision portant sur le statut du séjour ou comme une décision qui l'implique et, partant, elle n'a pas pour effet que l'intéressé séjournerait légalement dans le pays.

[...] Même si la situation de séjour illégal de l'intéressé peut s'avérer pertinente dans l'octroi de certaines modalités d'exécution de la peine, il est permis de douter qu'il en est effectivement ainsi *dans tous les cas et pour chacune des modalités d'exécution de la peine.*

[...]

Eu égard à ce qui précède, il convient de mieux justifier, en ce qui concerne chaque type de modalité d'exécution de la peine pris séparément, en quoi une différence

de traitement est pertinente et proportionnelle au regard de l'objectif poursuivi et en quoi il est nécessaire d'instaurer une impossibilité absolue d'octroi de modalités d'exécution de la peine » (*ibid.*, pp. 283-284).

B.89. La différence de traitement établie par les dispositions attaquées repose sur le statut administratif de séjour de la personne condamnée. Les étrangers dont il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers qu'ils ne bénéficient pas, ou qu'ils ne bénéficient plus, d'un droit de séjour légal en Belgique ne peuvent, contrairement aux Belges et aux étrangers en séjour légal sur le territoire, obtenir aucune des modalités d'exécution de la peine prévues par la loi du 17 mai 2006, à part la permission de sortie visée en B.87.

Ce critère de distinction est objectif et il permet de rencontrer le but poursuivi par le législateur, à savoir ne pas permettre que des personnes qui ne disposent pas d'une autorisation de séjour en règle circulent sur le territoire hors de l'établissement pénitentiaire dans lequel ils purgent la peine à laquelle ils ont été condamnés.

La Cour doit toutefois encore examiner si la mesure qui consiste à exclure *a priori* et sans examen individuel toute une catégorie de condamnés du bénéfice des modalités d'exécution de la peine mentionnées en B.86 est raisonnablement proportionnée à l'objectif poursuivi, compte tenu des motifs pour lesquels les modalités d'exécution de la peine concernées ont été instituées.

B.90.1. Les modalités d'exécution de la peine concernées par les dispositions attaquées ont pour objet de favoriser la réinsertion sociale du condamné, de lui permettre de maintenir, durant le temps de sa détention, des liens familiaux, affectifs et sociaux ou encore de lui permettre de faire face à une situation d'ordre familial grave et exceptionnelle.

L'octroi de ces modalités n'est jamais automatique et n'intervient qu'après que l'autorité compétente a soigneusement évalué, selon les cas, le caractère réaliste et praticable du plan de réinsertion présenté et les éventuelles contre-indications tenant notamment au risque de récidive, au risque que le condamné importune les victimes, ainsi qu'au risque qu'il se soustraie à l'exécution de sa peine. Avant l'entrée en vigueur des dispositions attaquées, les autorités compétentes tenaient compte, dans cet examen, de la situation spécifique de séjour des étrangers demandeurs au regard tant des possibilités de réinsertion que du risque de soustraction à l'exécution de la peine.

Les décisions d'octroyer une modalité d'exécution de la peine portent sur l'exécution de la peine d'emprisonnement et ne modifient pas la nature et la durée des peines privatives de liberté prononcées par le juge. L'exécution de la peine court pendant l'application de la modalité d'exécution de la peine octroyée. Elles ne modifient pas non plus le statut de séjour de l'étranger condamné.



B.90.2. Les dispositions attaquées excluent de la possibilité de demander et d'obtenir une modalité d'exécution de la peine mentionnée en B.86 tous les étrangers dont la présence sur le territoire n'est pas couverte par une autorisation de séjour au moment où ils en font la demande, quels que soient les faits qu'ils ont commis, la peine prononcée à leur égard, leur comportement depuis leur incarcération, l'historique de leur situation administrative de séjour, leurs attaches familiales en Belgique et la possibilité d'éloignement en ce qui les concerne. Par leur caractère absolu et automatique, elles font obstacle à ce que l'autorité compétente examine leur demande à bénéficier d'une mesure leur permettant de préparer leur réinsertion sociale ou de maintenir des liens familiaux, affectifs ou sociaux.

B.90.3. En ne permettant pas aux autorités compétentes pour octroyer les modalités d'exécution de la peine d'examiner, au regard de la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger demandeur, s'il est justifié de lui refuser la modalité qu'il sollicite au motif qu'il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers qu'il n'est pas autorisé à séjourner sur le territoire, le législateur a pris une mesure disproportionnée.

B.90.4. Par ailleurs, le cas échéant, une mesure d'éloignement de l'intéressé peut, si les conditions sont remplies, être exécutée à la faveur de l'octroi d'une mesure conformément aux articles 20/1 ou 25/3 de la loi du 17 mai 2006. L'octroi d'une modalité d'exécution de la peine visée par les dispositions attaquées ne constitue dès lors pas un obstacle à l'éloignement du territoire s'il y a lieu et n'empêche donc pas les autorités de mener la politique de leur choix en matière d'accès au territoire.

B.91. La différence de traitement créée par les dispositions attaquées entre personnes condamnées à une peine privative de liberté sur la base de leur statut de séjour n'est pas raisonnablement justifiée et entraîne des effets disproportionnés au regard des droits fondamentaux invoqués.

Dans cette mesure, le moyen est fondé. Il y a lieu d'annuler les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016.

Cette annulation n'empêche pas que le législateur apprécie, pour chaque modalité d'exécution de la peine envisagée, s'il est pertinent de l'exclure pour certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour, dans le respect du principe de proportionnalité.

Les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet

B.92.1. La partie requérante dans l'affaire n° 6494 prend un troisième moyen de la violation, par l'article 197 de la loi du 5 février 2016, des articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution, avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.92.2. L'article 197 attaqué complète l'article 162, § 2, du Code judiciaire par cinq alinéas ainsi rédigés :

« Par ordonnance individuelle motivée et après avis positif du procureur général compétent, le chef de corps peut attribuer l'exercice de toutes les compétences du ministère public à des juristes de parquet nommés à titre définitif désignés près le parquet général, l'auditorat général, le parquet fédéral, le parquet ou l'auditorat du travail, dans la mesure où ceux-ci justifient d'une ancienneté de deux ans au minimum comme juriste dans l'ordre judiciaire.

Les juristes de parquet visés à l'alinéa 3 peuvent exercer l'action publique devant le tribunal de police, sauf si elle porte sur les infractions à l'article 419, alinéa 2, du Code pénal.

Sont exclus :

- la compétence liée à l'exercice de l'action publique devant les cours d'assises, les chambres correctionnelles des cours d'appel et les tribunaux correctionnels ;
- les compétences du ministère public dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive ;
- le droit d'action visant à imposer des mesures sur la base de faits qualifiés infraction devant les chambres de la jeunesse des cours d'appel ou le tribunal de la jeunesse.

Les compétences qui ne peuvent être exercées que par les magistrats de parquet qui ont suivi à cet effet la formation particulière prescrite par la loi peuvent être exercées par les juristes de parquet, à condition qu'ils aient suivi une même formation.

Les services effectivement prestés en qualité de juriste contractuel sont pris en compte pour le calcul de l'ancienneté. Cette attribution de compétences peut être retirée à tout moment par le chef de corps. Le juriste de parquet est placé sous l'autorité et la surveillance de son chef de corps et exerce les compétences qui lui ont été attribuées sous la responsabilité d'un ou de plusieurs magistrats ».

B.93.1. Par la première branche de ce moyen, la partie requérante fait grief à la disposition attaquée de ne pas viser expressément toutes les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet, ce qui serait contraire au principe de légalité des poursuites pénales garanti par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution.

B.93.2. L'article 12, alinéa 2, de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit ».



B.93.3. Les principes de légalité et de prévisibilité de la procédure pénale énoncés par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution sont applicables à l'ensemble de la procédure, en ce compris les stades de l'information et de l'instruction.

L'exigence de prévisibilité de la procédure pénale garantit à tout citoyen qu'il ne peut faire l'objet d'une information, d'une instruction et de poursuites que selon une procédure établie par la loi et dont il peut prendre connaissance avant sa mise en œuvre.

B.94.1. L'avant-projet de la disposition attaquée donnait délégation au ministre de la Justice, sur avis du collège des procureurs généraux, pour déterminer les compétences dont l'exercice pouvait être attribué par le chef de corps aux juristes de parquet, à l'exclusion de l'exercice de l'action publique devant les chambres correctionnelles des cours d'appel et les tribunaux correctionnels et des compétences du ministère public dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 234).

B.94.2. La section de législation du Conseil d'État a observé à ce sujet :

« Toutefois, le soin d'arrêter les compétences pouvant être exercées par les magistrats de parquet, ne saurait être laissé au ministre ayant la Justice dans ses attributions. [II] y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que dès lors que certaines compétences peuvent concerner la 'forme des poursuites' au sens de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, il est requis en vertu du principe de légalité qui y est inscrit que le législateur fixe lui-même les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet » (*ibid.*, p. 306).

B.94.3. En réponse à cette observation, le législateur a omis la délégation au ministre de la Justice et a décidé que toutes les compétences du ministère public, à l'exception de celles qu'il a énumérées précisément, peuvent être exercées par les juristes de parquet désignés par le chef de corps. L'exposé des motifs précise en outre :

« En réponse à cette remarque du Conseil d'État, on peut dire que l'objectif n'est pas que les juristes de parquet exercent l'action publique ou engagent des poursuites pénales, sauf devant le tribunal de police. C'est la raison pour laquelle, conformément à la remarque du Conseil d'État, la compétence des juristes de parquet d'exercer l'action publique devant le tribunal de police figure explicitement dans cette disposition. Une exception est prévue pour les infractions à l'article 419, alinéa 2, du Code pénal (accidents de roulage avec issue fatale) » (*ibid.*, p. 147).

« Il n'est par contre pas possible de prévoir dans la loi une liste exhaustive de toutes les tâches possibles d'un juriste de parquet doté de cette compétence particulière.

Il est en effet non seulement question de l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique conformément à l'article 28bis, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, mais également, par exemple, de la collecte d'informations à des fins de réhabilitation conformément aux articles 621 et suivants du Code d'instruction criminelle » (*ibid.*, p. 149).

B.95. En disposant que les juristes de parquet qui répondent aux conditions d'ancienneté requises peuvent se voir attribuer « toutes les compétences du ministère public » à l'exception de certaines compétences énumérées limitativement, l'article attaqué définit les compétences concernées de manière précise et claire. Il est en effet possible, à la lecture de la disposition, de déterminer si l'exercice d'une compétence déterminée du ministère public peut être attribué à un juriste de parquet remplissant les conditions fixées à cette fin, car tel est le cas si la compétence concernée ne figure pas parmi les exceptions énumérées.

B.96.1. Par la seconde branche de ce moyen, la partie requérante fait grief à la disposition attaquée de traiter de la même manière, en leur confiant les mêmes prérogatives, deux catégories de personnes fondamentalement différentes, à savoir, d'une part, les magistrats du ministère public et, d'autre part, les juristes de parquet, ce qui entraînerait une violation du droit au procès équitable des justiciables dans la mesure où il serait porté atteinte au principe de l'indépendance des magistrats du ministère public.

B.96.2. L'article 151, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose :

« 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 ».

B.97. Par la disposition attaquée, le législateur avait pour but « d'alléger la charge de travail des magistrats de parquet », en permettant au chef de corps de les décharger de certaines compétences qui peuvent être exercées par un juriste de parquet, « toujours, naturellement, sous son autorité et sa surveillance et sous la responsabilité d'un ou de plusieurs magistrats ». Il ne s'agit pas, pour le chef de corps ou pour les magistrats du ministère public, de perdre des compétences, mais bien de les partager avec les juristes de parquet, en manière telle qu'ils puissent toujours « encore agir en plus du juriste de parquet » (*ibid.*, p. 147).

B.98.1. Il est vrai que les magistrats et les juristes de parquet sont recrutés de manière distincte et qu'ils ont un statut, notamment disciplinaire, différent, de sorte que les juristes de parquet ne présentent pas la même garantie d'indépendance que les magistrats du ministère public.

B.98.2. Néanmoins, le législateur a veillé à ce que le partage des compétences des magistrats du ministère public avec les juristes de parquet soit entouré de garanties permettant d'assurer que l'exercice de l'action publique et l'ensemble des tâches accomplies par le parquet continuent à l'être de manière indépendante. Ainsi, la compétence d'exercer l'action publique est toujours exclue de la possibilité d'exercice par les juristes de parquet, à l'exception de l'action publique devant les tribunaux de police sauf pour les faits visés à l'article 419, alinéa 2, du Code pénal. Il en va de même des compétences du ministère public dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et de sa compétence relative aux faits qualifiés infraction devant les juridictions de la jeunesse. Par ailleurs, l'attribution a lieu sur une base individuelle, en considération de la personnalité, des connaissances, des compétences, de l'expérience et de la formation de chaque juriste de parquet, et les compétences attribuées sont exercées sous l'autorité et la surveillance des magistrats du ministère public. Enfin, le chef de corps peut retirer cette attribution de compétence à tout moment, sans que ce retrait doive être considéré comme une sanction disciplinaire.

B.99. Il résulte de ce qui précède que la possibilité pour le chef de corps d'attribuer les compétences des magistrats du ministère public aux juristes de parquet, à l'exception des tâches énumérées par la disposition attaquée, ne porte pas atteinte à l'indépendance du ministère public et, partant, au droit au procès équitable des justiciables.

B.100. Le moyen dirigé contre l'article 197 de la loi du 5 février 2016 n'est fondé en aucune de ses branches.

Par ces motifs,

la Cour

1. annule, dans la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice :

- les articles 6 et 121 à 123, ainsi que les articles 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 36, 151, 155 et 170, 2^o ;
- l'article 63, 1^o ;
- les articles 127 et 137 ;
- l'article 132, 1^o, en ce qu'il ne permet pas à la chambre du conseil, statuant au stade du règlement de la procédure, d'accorder à l'inculpé qui exécute la détention préventive en prison de bénéficier de la détention préventive sous surveillance électronique ;
- les articles 148, 153 et 163 ;

2. maintient les effets :

- des articles 6, 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 36, 121 à 123, 151, 155 et 170, 2^o, de la loi du 5 février 2016, à l'égard des décisions rendues sur la base de ces dispositions avant la date de publication du présent arrêt au *Moniteur belge* ;
- de l'article 63, 1^o, de la loi du 5 février 2016, à l'égard des perquisitions effectuées avant la date de publication du présent arrêt au *Moniteur belge* ;
- des articles 127 et 137 de la loi du 5 février 2016 jusqu'au jour de la publication du présent arrêt au *Moniteur belge* ;

3. rejette les recours pour le surplus,

- sous réserve de l'interprétation, mentionnée en B.39.2 et en B.39.3, de l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016 ;
- compte tenu de ce qui est dit en B.44.4 et en B.45 à propos de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 89 de la loi du 5 février 2016.

(...)

Note

« Légiférer coûte que coûte ? »

Introduction

Le 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle a rendu une décision très attendue portant sur sept recours en annulation partielle de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice¹, ci-après « loi Pot-pourri II ».

La Cour a examiné les demandes d'annulation de différentes dispositions de la loi Pot-pourri II, analysées en onze points relatifs à une ou plusieurs de celles-ci, certaines ayant été annulées, d'autres pas :

1.	L'augmentation de la durée des peines pour les crimes correctionnalisés et la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes	Annulation
2.	La mini-instruction	Annulation
3.	L'écoute et l'enregistrement des communications	<i>Pas d'annulation</i>
4.	L'opposition	<i>Pas d'annulation</i>

¹ Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016, p. 13130.

5.	L'appel sur griefs	<i>Pas d'annulation</i>
6.	La suppression du pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle	<i>Pas d'annulation</i>
7.	Les délais de maintien de la détention préventive	<i>Pas d'annulation</i>
8.	La suppression du pourvoi en cassation en matière de détention préventive	Annulation
9.	La détention préventive sous surveillance électronique	Annulation
10.	Les modalités d'exécution de la peine pour les personnes ne disposant pas d'un droit de séjour	Annulation
11.	Les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet	<i>Pas d'annulation</i>

La Cour a décidé de maintenir les effets des articles annulés jusqu'à la date de publication de l'arrêt au *Moniteur belge*, soit le 12 janvier 2018.

La présente note propose une analyse de certains de ces points.

Dans une première partie, Elise Delhaise présente brièvement l'arrêt interprétatif de la Cour constitutionnelle du 9 mars 2018 sur la question de la correctionnalisation. Dans un second volet, elle se penche sur les voies de recours. Dans un troisième point, Olivia Nederlandt étudie la question des modalités d'exécution de la peine. Pour les points non examinés (notamment la détention préventive, l'écoute et l'enregistrement des communications et les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet) ou abordés brièvement (la correctionnalisation), nous renvoyons au commentaire de l'arrêt de la Cour rédigé par Marie-Aude Beernaert et Damien Vandermeersch².

La correctionnalisation : réponses interprétatives

Ce premier point vise à exposer les enseignements de l'arrêt interprétatif rendu par la Cour le 9 mars 2018³, rendu suite à une requête en interprétation de l'arrêt du 21 décembre 2017 déposée par le gouvernement le 26 janvier 2018 quant à la question des dispositions transitoires relative aux articles 6, 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 26, 121 à 123, 151, 155 et 170, 2^o, de la loi Pot-pourri II.

Nous analyserons brièvement les effets en matière de correctionnalisation consécutifs à l'annulation afin de les mettre en relation avec les enseignements découlant de l'arrêt interprétatif, sans toutefois aborder les effets collatéraux de l'annulation de la généralisation de la correctionnalisation⁴.

2 M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur "pot-pourri II" : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018, pp. 81-96.

3 C.C., arrêt n° 28/2018, du 9 mars 2018, *J.T.*, 2018, p. 253.

4 Nous visons ici les effets en matière de concours d'infractions, de circonstances atténuantes admises par la Cour d'assises, de délai de prescription des peines, de suspension du prononcé de la

L'arrêt de la Cour constitutionnelle commenté a annulé la généralisation de la correctionnalisation⁵. Les deux effets principaux de cette annulation sont le retour des crimes non correctionnalisables ainsi qu'une modification des peines applicables par les juridictions du fond lorsqu'une correctionnalisation a été opérée.

Le retour des crimes non correctionnalisables

L'article 121 de la loi Pot-pourri II est annulé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017. Cette disposition avait pour effet de généraliser la correctionnalisation rendant tous les crimes correctionnalisables, sans exception⁶. Suite à cette annulation, l'article 2, alinéa 3 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, abrogé par l'article 121, réapparaît dans le paysage pénal belge, signant le retour des crimes non correctionnalisables.

La correctionnalisation n'est dorénavant possible que dans les cas suivants :

- 1° si la peine prévue par la loi n'excède pas vingt ans de réclusion ;
- 2° s'il s'agit d'une tentative de crime qui est puni de la réclusion à perpétuité ;
- 3° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 216, alinéa 2, du Code pénal ;
- 4° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 347bis, §§2 et 4, du Code pénal ;
- 5° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 375, dernier alinéa, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 377bis du même Code ;
- 5°/1 s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 405quater, 6°, du Code pénal ;
- 6° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 408 du Code pénal ;
- 6°/1 s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 410bis, alinéa 3, 5°, du Code pénal ;
- 7° s'il s'agit d'un crime qui est visé aux articles 428, §5, et 429 du Code pénal ;
- 8° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 473, dernier alinéa, du Code pénal ;
- 9° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 474 du Code pénal ;

condamnation, de libération conditionnelle et libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire. Voyez, pour de plus amples détails : M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur "potpourri II" : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018, pp. 82 – 83.

5 Voy. les attendus B.2 à B. 17.

6 N. KHOULALÈNE, « Les modifications apportées au droit pénal », in T. BAYET, M. BOUCHAT, e.a., *La réforme « pot-pourri II » en droit pénal et en procédure pénale. Premiers commentaires*, coll. Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2016, p. 57 ; D. DE BECO, « L'extension du champ de la correctionnalisation à tous les crimes et ses conséquences sur les peines », *J.T.*, 2016, p. 415 ; D. VANDERMEERSCH, « L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation », in M. CADELLI et TH. MOREAU (sous la dir. de), *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 91-92 et O. MICHIELS et L. KERZMANN, « Le régime général des peines un an après l'adoption de la loi du 5 février 2016 », in M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY e.a., *La loi Pot-pourri II, un an après*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 10.



10° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 476 du Code pénal ;
11° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 477^{sexies} du Code pénal;
12° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 513, alinéa 2, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 514^{bis} du même Code ;
13° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 518, alinéa 2, du Code pénal ;
14° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 530, dernier alinéa, du Code pénal, qui est puni par application de l'article 531 du même Code et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 532^{bis} du même Code ».

La Cour a considéré que l'article 121 pouvait « avoir pour conséquence de soustraire tous les crimes au juge désigné par la Constitution, [la Cour d'assises]⁷ »⁸.

Concernant ce retour des crimes non correctionnalisables, une question s'est rapidement posée en pratique : les juridictions du fond, saisies préalablement au 12 janvier 2018 pour un crime correctionnalisable, en vertu de l'article 121 de la loi Pot-pourri II, mais devenu non correctionnalisable suite à l'annulation de cette disposition, restent-elles compétentes ?

En d'autres mots, le tribunal correctionnel, valablement saisi, par exemple, pour juger de faits de meurtre (correctionnalisables en vertu de l'article 121 de la loi Pot-pourri II mais non correctionnalisables en vertu de l'article 2, alinéa 3 de la loi sur les circonstances atténuantes) suite à une ordonnance de la chambre du conseil rendue avant le 12 janvier 2018, reste-t-il compétent pour connaître du fond ?

La Cour a tranché dans son arrêt interprétatif du 9 mars 2018 en considérant que « les tribunaux correctionnels qui ont été saisis avant le 12 janvier 2018 en vertu de décisions prises sur la base des dispositions annulées restent compétents à partir de cette date pour statuer dans ces mêmes causes. Il en va de même pour les juridictions qui doivent statuer en degré d'appel ou en cassation dans ces mêmes affaires »⁹.

Par conséquent, les juridictions de première instance, en degré d'appel ou en cassation, *restent compétentes* pour les causes dont la *correctionnalisation* a été opérée avant le 12 janvier 2018.

Les peines applicables

L'arrêt du 21 décembre 2017 annule l'article 6 de la loi Pot-pourri II. Celui-ci introduisait en droit pénal de nouvelles fourchettes de peines en cas de correc-

7 Nous ajoutons.

8 Attendu B.13.

9 C.C., arrêt n° 28/2018, du 9 mars 2018, attendu B.6.1.



tionnalisation. En effet, en cas de correctionnalisation d'un crime passible de la réclusion à perpétuité, la peine correctionnelle encourue allait dorénavant de 3 à 40 ans d'emprisonnement. De même, suite à la correctionnalisation d'un crime passible de la réclusion de 30 à 40 ans, la peine correctionnelle encourue devenait un emprisonnement de 3 à 38 ans. Enfin, une peine de réclusion de 20 à 30 ans de réclusion était commuée en une peine d'emprisonnement de 3 à 28 ans¹⁰.

Suite à l'annulation, *les maxima* des peines pour les crimes correctionnalisés redeviennent désormais :

- 30 ans d'emprisonnement pour un crime passible de la réclusion à perpétuité ;
- 20 ans d'emprisonnement pour un crime passible de la réclusion de 20 à 30 ans.

La Cour a en effet estimé que « la durée maximale de la peine d'emprisonnement infligée par les tribunaux correctionnels pour les trois catégories de crimes correctionnalisés les plus graves est supérieure à la durée minimale de la réclusion que la cour d'assises peut infliger, il n'est du reste pas garanti que la correctionnalisation soit à l'avantage de l'intéressé en ce qui concerne le taux de la peine. La notion de "circonstances atténuantes" est donc dénaturée, en ce qu'elle est principalement utilisée pour déterminer la compétence des juridictions, cependant que la correctionnalisation a une incidence minime sur la durée de la peine privative de liberté. La réglementation attaquée ne garantit donc pas que des personnes qui se trouvent dans des situations identiques soient jugées selon les mêmes règles de compétence et de procédure »¹¹.

Ce retour aux anciennes fourchettes de peine a également posé question en pratique : quelles peines le tribunal correctionnel pouvait-il envisager pour des faits commis avant le 12 janvier 2012 ? Les fourchettes « Pot-pourri II » ou les nouvelles fourchettes de peines, telles que détaillées ci-avant ?

Pour reprendre notre exemple précédent des faits de meurtre, correctionnalisés avant le 12 janvier 2018, le tribunal correctionnel pourrait prononcer soit une peine maximale de 28 ans d'emprisonnement (peine prévue par l'article 6, avant son annulation) ou de 20 ans d'emprisonnement (peine prévue suite à l'annulation de l'article 6).

La Cour constitutionnelle apporte une réponse dans son arrêt interprétatif : « les juridictions correctionnelles qui ont été saisies avant le 12 janvier 2018 en vertu de décisions de renvoi prises sur la base des dispositions annulées, de même que les juridictions qui doivent statuer dans ces affaires en degré d'appel ou en cassation, doivent, en vue de fixer la peine, veiller, en application du principe d'égalité et de

10 N. KHOULALÈNE, *op. cit.*, p.60 ; D. DE BECO, *op. cit.*, p. 416 ; D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 83 et 84 et O. MICHIELS et L. KERZMANN, *op. cit.*, pp. 17-18.

11 Attendus B.14.2 et B.14.3.



non-discrimination, à ne pas condamner à une peine privative de liberté dont la durée dépasse le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises après l'admission de circonstances atténuantes. Ce délai maximum est de vingt ans pour les crimes punis de vingt à trente ans de réclusion et de trente ans pour les crimes punis de réclusion à perpétuité »¹².

Par conséquent, le tribunal correctionnel, la juridiction d'appel ou la Cour de cassation pourront prononcer, pour les crimes correctionnalisés :

- 30 ans d'emprisonnement maximum pour les crimes passibles d'une peine de réclusion à perpétuité ;
- 20 ans d'emprisonnement maximum pour les crimes passibles d'une peine de 20 à 30 ans de réclusion.

2 Les voies de recours

La Cour n'a pas annulé les articles relatifs à l'opposition et à l'appel et a considéré les moyens non fondés, sous réserve d'interprétation en ce qui concerne l'opposition.

Nous ne nous intéresserons ici qu'aux points développés par la Cour, à savoir l'opposition déclarée non avenue et l'appel sur griefs.

Les requérants invoquaient une violation du droit d'accès à un juge dans le cas de l'extension des hypothèses d'opposition non avenue et une atteinte aux droits de la défense en raison de l'obligation d'indiquer les griefs en matière d'appel.

L'opposition déclarée non avenue (art. 83 de la loi du 5 février 2016)

La loi Pot-pourri II a élargi les cas dans lesquels une opposition doit être déclarée non avenue. Le fondement de l'opposition, bien que cette dernière soit recevable, ne peut alors pas être examiné par le juge¹³.

En vertu de l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi Pot-pourri II, l'opposition est non avenue dans deux hypothèses : lors d'un défaut initial injustifié ou lors de la réitération du défaut au cours de la procédure d'opposition.

Les requérants ont notamment fait valoir que l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, en ce qu'il limite la possibilité de faire opposition, viole les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la

¹² *Ibid.*, attendu B.6.2.

¹³ N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, « La phase de jugement et les voies de recours : éléments neufs », in M. CADELLI et Th. MOREAU (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 164 ; P. DHAeyer, « Le régime de l'opposition devant les tribunaux correctionnels et de police », *J.T.*, 2016, p. 428 et D. VANDERMEERSCH, « Les voies de recours après la loi Pot-pourri II », in M.-A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, e.a., *op. cit.*, p. 243.

Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les principes généraux du droit relatifs au droit à un procès équitable, au respect des droits de la défense, au droit d'accès au juge et au droit à un recours effectif.

La Cour constitutionnelle a estimé que l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit du prévenu d'accéder au juge, sous réserve toutefois qu'il soit interprété de la manière qu'elle a indiquée¹⁴.

Dans la première hypothèse, pour que l'opposition puisse être considérée comme non avenue, il faut d'abord qu'il soit établi que le défaut originaire était injustifié. Comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle, il appartient alors à la partie poursuivante ou à la partie civile d'apporter la preuve que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut. Le prévenu n'a pas à fournir de preuve en la matière¹⁵. En outre, cette prise de connaissance doit être établie avec certitude sans qu'il ne puisse y avoir le moindre doute raisonnable à ce sujet.

Concernant la force majeure ou l'excuse légitime invoquée par l'opposant, la Cour constitutionnelle précise à cet égard que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette condition doit être interprétée en ce sens que « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défailants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice »¹⁶. La Cour précise également qu'il suffit au prévenu de simplement « faire état » de l'existence d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime.

Par ailleurs, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées reste soumise à l'appréciation souveraine du juge. Il appartient à la Cour de cassation de veiller à ce que ces notions ne soient pas interprétées de manière arbitraire et de vérifier si le juge a pu légitimement déduire des faits qu'il est ou non question de force majeure ou d'excuse légitime¹⁷.

La Cour constitutionnelle précise par conséquent que l'opposition ne peut être considérée comme non avenue que s'il est établi que le prévenu a lui-même renoncé au droit de comparaître ou de se défendre ou avait l'intention de se soustraire à la justice¹⁸. Afin de parvenir à cette conclusion, deux conditions cumulatives

14 Voy. les attendus B.39.2 et B.39.3 de l'arrêt.

15 La Cour constitutionnelle fait ici référence à un arrêt de la Cour de cassation (Cass., 17 janvier 2017, P.16.0989.N).

16 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54/1418-001, p. 79.

17 Voy. l'attendu B.35.3.

18 Cour eur. D.H., arrêt *Colozza c. Italie* du 12 février 1985 ; Cour eur. D.H., arrêt *Poitrimol c. France* du 23 novembre 1993 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Faniel c. Belgique*, 1^{er} mars 2011 et Cour eur. D.H., arrêt *Medenica c. Suisse* du 12 décembre 2001, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme citée par C.C., 21 décembre 2017,



doivent être réunies : d'une part, comme indiqué ci-avant, la partie poursuivante ou la partie civile doit prouver que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut et, d'autre part, l'opposant ne doit pas faire état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime. Le premier défaut est alors considéré comme imputable à l'opposant, qui avait connaissance de la citation et n'a pas été empêché de se présenter devant le juge en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.

La seconde hypothèse dans laquelle l'opposition sera déclarée non avenue vise la situation où l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue.

La Cour constitutionnelle estime qu'il peut être justifié qu'une absence à l'audience soit appréciée plus sévèrement à l'égard d'une partie qui a déjà fait défaut et qui, en signifiant l'opposition, a elle-même pris l'initiative d'obtenir de la juridiction qui a statué par défaut une nouvelle décision après un débat contradictoire. Elle ajoute toutefois que s'applique aussi à cette situation le principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure. Comme le confirment également les travaux préparatoires¹⁹, l'opposition ne peut dès lors être déclarée non avenue si une cause de force majeure justifie l'absence de l'opposant au cours de la procédure d'opposition.

À l'instar de la première hypothèse, la Cour limite les cas d'opposition non avenue aux situations où l'opposant a renoncé lui-même à son droit d'accès au juge en faisant volontairement défaut et non à celles où le défaut est la conséquence de circonstances indépendantes de sa volonté, qui l'auraient empêché de comparaître devant le juge.

La Cour valide donc l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, pour autant qu'il soit interprété dans le sens où l'opposition non avenue doit être limitée aux cas où l'opposant a lui-même renoncé à son droit d'accès à un juge, soit en raison de son premier défaut injustifié, soit en raison de son défaut réitéré. Notons cependant qu'il ne sera pas toujours aisé, dans la pratique, de s'assurer que le prévenu a renoncé volontairement et sans équivoque à son droit à comparaître²⁰. Il nous paraît que lorsque le prévenu fait état, de façon plausible, de circonstances laissant à penser qu'il n'a pas renoncé à son droit d'accès au juge, son opposition ne pourrait être déclarée non avenue. Selon les principes rappelés par la Cour

n° 148/2017, B. 39.2 et Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Exposé des motifs, Chambre repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54/1418-001, pp. 74-75.

19 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54/1418-001, pp. 81 et 110-111.

20 R. BRUNO, « Les modifications de la phase de jugement : refonte salutaire ou débâcle judiciaire ? », in T. BAYET, M. BOUCHAT, e.a., *op. cit.*, p. 97.



constitutionnelle, il ne peut être exigé du prévenu qu'il apporte la preuve des circonstances invoquées.

Cet arrêt de rejet sous réserve d'interprétation a une portée obligatoire dans le sens où les juridictions saisies d'une demande de question préjudicielle concernant cette même question de droit seront tenues d'appliquer l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, en suivant l'interprétation développée par la Cour²¹.

L'appel sur griefs (art. 89 de la loi du 5 février 2016)

Le régime de l'appel a été révisé par les articles 87 à 94 de la loi Pot-pourri II. Outre une modification des délais d'appel, cette loi introduit l'obligation pour les appelants de préciser les griefs fondant leur appel. L'appel doit dès lors être formé par deux actes : la déclaration d'appel et la requête contenant les griefs²². Un formulaire de griefs d'appel, dont le modèle a été déterminé par arrêté royal²³ et qui est disponible dans les greffes des différentes juridictions, peut être utilisé à cette fin.

Concernant cette requête, en vertu du nouvel article 204 du Code d'instruction criminelle, « [à] peine de déchéance de l'appel, [elle] indique précisément les griefs élevés, y compris les griefs procéduraux ». Cette requête a pour effet de déterminer l'étendue de la saisine de la juridiction d'appel²⁴. En effet, celle-ci ne peut examiner que les griefs visés ainsi que les moyens énumérés à l'article 210 du Code d'instruction criminelle²⁵.

Selon les requérants, qui se prévalaient d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, pareille obligation concernant l'énoncé des griefs entraîne des atteintes aux droits de la défense en ce qu'elle empêcherait les parties d'étendre l'appel devant la juridiction d'appel²⁶.

La Cour constitutionnelle énonce qu'en raison de l'interprétation de la notion de « griefs » par la Cour de cassation, l'obligation de les préciser dans la requête n'empêche pas que « l'appelant invoque, pour la première fois en degré d'appel et en cours de procédure, les moyens qu'il estime appropriés pour obtenir la réformation de la décision rendue en première instance, en ce compris, le cas échéant,

21 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 267.

22 N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, *op. cit.*, p. 167 et J. MAES, L. AUGUSTYNS et H. BERKMOES, *Actualia strafrecht en evaluatie Potpourri II*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2017, p. 60.

23 Voyez l'arrêté royal du 18 février 2016 portant exécution de l'article 204, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle (*M.B.*, 19 février 2016) et l'arrêté royal du 23 novembre 2017 remplaçant l'annexe de l'arrêté royal du 18 février 2016 portant exécution de l'article 204, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle (*M.B.*, 1^{er} décembre 2017).

24 Cass. (2^e ch.), 1^{er} février 2017, P.16.1100.F ; R. BRUNO, *op. cit.*, p. 105 ; N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, *op. cit.*, p. 174 ; D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 258.

25 À savoir : les moyens d'ordre public portant sur les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ou sur sa compétence, la prescription des faits dont elle est saisie ou l'absence d'infraction que présenteraient les faits dont elle est saisie quant à la culpabilité ou la nécessité de les requalifier ou une nullité irréparable entachant l'enquête portant sur ces faits.

26 Rappelons que la limitation de l'appel est, quant à elle, toujours possible.



le dépassement du délai raisonnable ou encore un revirement de jurisprudence intervenu entre les deux instances »²⁷.

La Cour constitutionnelle a rappelé la distinction entre griefs et moyens, déjà mise en avant dans les travaux préparatoires de la loi Pot-pourri II²⁸.

En vertu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, « un grief au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle est l'indication spécifique dans la requête d'appel d'une décision déterminée du jugement entrepris, dont la partie appelante demande la réformation par le juge d'appel »²⁹. Les griefs ne visent qu'à délimiter les parties du jugement dont l'appelant entend obtenir réformation³⁰. Comme l'a rappelé la Cour de cassation³¹, l'indication des griefs est précise « lorsqu'elle permet aux juges d'appel et aux parties de déterminer avec certitude la décision ou les décisions du jugement entrepris, dont la partie appelante demande la réformation, en d'autres mots de déterminer la saisine des juges d'appel ». La Cour de cassation a aussi ajouté que la circonstance que certains griefs dirigés contre le jugement sont sans objet ne peut justifier à elle seule la déchéance de l'appel, dès lors que la requête d'appel indique également d'autres griefs qui visent de manière précise une ou plusieurs décisions du jugement dont il est relevé appel³².

L'appelant est donc libre d'invoquer de nouveaux moyens après le dépôt de la requête énonçant les griefs. Il résulte par conséquent de cette jurisprudence que l'appelant n'a pas l'obligation d'indiquer les moyens qu'il entend développer devant la juridiction d'appel ou les raisons motivant son appel³³. La Cour constitutionnelle en conclut que le moyen dirigé contre l'article 89 de la loi Pot-pourri II n'est pas fondé.

Cependant, précisons, que l'extension de la saisine de la juridiction d'appel est, elle, impossible. En effet, cette dernière est tenue par les griefs mentionnés dans la requête³⁴. L'appelant est donc limité concernant les parties du jugement attaqué qu'il pourra aborder devant la juridiction d'appel mais est libre de soulever de nouveaux moyens concernant ces parties.

27 Voy. attendu B.45.2.

28 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Avis du Conseil d'État, Chambre repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54/1418-001, p. 294.

29 Voy. notamment : Cass. (2^e ch.), 18 octobre 2016, P.16.0818.N ; Cass. (2^e ch.), 28 février 2017, P.16.1177.N ; Cass. (2^e ch.), 18 avril 2017, P.17.0031.N ; Cass. (2^e ch.), 18 avril 2017, P.17.0087.N ; Cass. (2^e ch.), 18 avril 2017, P.17.0105.N ; Cass., 28 juin 2017, P.17.0176.F ; Cass., 27 septembre 2017, P.17.0257.F.

30 F. LUGENTZ, « La procédure d'appel », *J.T.*, 2016, p. 431 et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 255.

31 Cass., 28 juin 2017, P.17.0176.F.

32 *Ibid.*

33 Voy. notamment : Cass. (2^e ch.), 18 octobre 2016, P.16.0818.N ; Cass. (2^e ch.), 1^{er} février 2017, P.16.1100.F ; Cass. (2^e ch.), 28 février 2017, P.16.1177.N ; Cass. (2^e ch.), 18 avril 2017, P.17.0031.N ; Cass. (2^e ch.), 18 avril 2017, P.17.0087.N ; Cass. (2^e ch.), 18 avril 2017, P.17.0105.N ; Cass. (2^e ch.), 19 avril 2017, P.17.0055.F ; Cass., 3 mai 2017, P.17.0145.F et Cass., 28 juin 2017, P.17.0176.F.

34 F. LUGENTZ, *op. cit.*, p. 432.



Il nous paraît à cet égard que le nouveau formulaire de griefs d'appel³⁵ pourrait donner lieu à une certaine confusion. En effet, il invite non seulement à cocher une ou plusieurs des cinq cases reprenant les éléments du jugement dont il est demandé réformation (procédure, culpabilité, peine et/ou mesure, action civile, autres) mais aussi à indiquer brièvement les raisons pour lesquelles il y a lieu de modifier la décision rendue en première instance. Au regard de la distinction entre griefs et moyens, rappelée par la Cour constitutionnelle, la partie appelante n'a pourtant aucune obligation de développer les raisons de son appel, étant simplement tenue d'énoncer les griefs (y compris les griefs de procédure) avec suffisamment de précision, selon le prescrit de l'article 204 du Code d'instruction criminelle. Pour plus de clarté, il serait sans doute souhaitable d'ajouter dans ce formulaire³⁶ qu'en ce qui concerne les raisons de l'appel, il s'agit d'une information facultative et non obligatoire.

Cet arrêt de rejet de la Cour constitutionnelle a un effet obligatoire pour les juridictions, concernant la question de droit tranchée et la norme législative visée, à savoir l'article 89 de la loi Pot-pourri II, tel qu'il modifie l'article 204 du Code d'instruction criminelle³⁷.

3 Les modalités d'exécution de la peine pour les condamnés étrangers ne disposant pas d'un droit de séjour en Belgique (artt. 148, 153 et 163 de loi du 5 février 2016)

Extrait choisi :

B.90.3. En ne permettant pas aux autorités compétentes pour octroyer les modalités d'exécution de la peine d'examiner, au regard de la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger demandeur, s'il est justifié de lui refuser la modalité qu'il sollicite au motif qu'il ressort d'un avis de l'Office des Étrangers qu'il n'est pas autorisé à séjourner sur le territoire, le législateur a pris une mesure disproportionnée.

Pour rappel, le principal changement apporté par la loi Pot-pourri II à la matière de l'exécution des peines résidait dans l'exclusion des étrangers n'ayant pas de titre de séjour en Belgique et condamnés à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans, du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine³⁸.

35 Voyez l'arrêté royal du 23 novembre 2017 remplaçant l'annexe de l'arrêté royal du 18 février 2016 portant exécution de l'article 204, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle (*M.B.*, 1^{er} décembre 2017).

36 Ce formulaire figurant dans l'annexe à un arrêté royal, il ne relève pas de la compétence de la Cour constitutionnelle.

37 M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 268.

38 La partie de la loi du 17 mai 2006 concernant les modalités d'exécution de la peine octroyées aux condamnés à une ou plusieurs peines dont la partie à exécuter est *inférieure ou égale* à trois ans n'est en effet toujours pas entrée en vigueur. Cette catégorie de condamnés continue dès lors à dépendre du pouvoir exécutif, et la matière reste régie par la voie de circulaires ministérielles



Les requérants dans l'affaire n° 6497 (recours en annulation introduit par l'ASBL Ligue des Droits de l'Homme et l'ASBL Association Syndicale des Magistrats) soulevaient un quatrième moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 22 de la Constitution, afin de demander l'annulation des articles 148, 153 et 163 de la loi Pot-pourri II, insérant un nouvel article 20, un nouvel article 25/2 et modifiant l'article 59 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine³⁹.

Ces modifications apportées par la loi Pot-pourri II entraînaient que les condamnés étrangers sans titre de séjour n'avaient plus la possibilité de solliciter l'octroi de permissions de sortie périodiques aux fins de réinsertion sociale, de congés pénitentiaires, d'une interruption d'exécution de la peine, d'une surveillance électronique, d'une détention limitée et d'une libération conditionnelle. Ces derniers ne pouvaient dès lors plus que se voir accorder comme aménagement de peine, pour autant que les conditions pour l'octroi de ces modalités soient remplies, des permissions de sortie occasionnelles visées à l'article 4, § 2, de la loi, une libération provisoire en vue de l'éloignement ou de la remise ou une libération provisoire pour raisons médicales.

Les requérants faisaient grief aux dispositions susmentionnées de la loi Pot-pourri II d'exclure de manière *absolue* les condamnés non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine dont peuvent bénéficier les condamnés purgeant une peine privative de liberté, en créant une différence de traitement non justifiée entre condamnés, en fonction de leur titre de séjour.

La Cour a donné raison aux requérants, concluant que les modifications apportées par la loi Pot-pourri II créent une différence de traitement entre condamnés sur la base de leur statut de séjour qui n'est pas raisonnablement justifiée et qui entraîne des effets disproportionnés au regard des droits fondamentaux invoqués (B.91.). Ces effets emportent une violation du principe d'égalité et de non-discrimination lié au droit au respect de la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et l'article 22 de la Constitution. La Cour, considérant le moyen comme fondé, a annulé les articles 148, 153 et 163 de la loi Pot-pourri II.

qui prévoient que le ministre de la Justice et, plus particulièrement, la Direction Gestion de la Détention et les directeurs des établissements pénitentiaires, sont compétents pour décider de l'octroi à ces condamnés des modalités de surveillance électronique et de libération provisoire (voir à cet égard : O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines en réforme. La réinsertion, un horizon toujours plus lointain ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, pp. 1023 – 1026 et pp. 1058 – 1059. Voir également Observatoire International des Prisons, *Combien de temps en prison ? Mieux vaut savoir calculer*, <http://oipbelgique.be/fr/?p=440>).

39

M.B., 15 juin 2006.

Pour aboutir à cette conclusion, la Cour a tout d'abord considéré que le *critère de distinction*, à savoir le statut administratif de séjour de la personne condamnée, était un critère objectif (B.89).

Ensuite, elle a identifié le *but poursuivi par le législateur* comme étant celui de « ne pas permettre que des personnes qui ne disposent pas d'une autorisation de séjour en règle circulent sur le territoire hors de l'établissement pénitentiaire dans lequel ils purgent la peine à laquelle ils ont été condamnés » (B.89).

Enfin, elle a examiné si la mesure qui consiste à exclure *a priori* et sans examen individuel toute une catégorie de condamnés du bénéfice des modalités d'exécution de la peine susmentionnées est *raisonnablement proportionnée* au but poursuivi, compte tenu des motifs pour lesquels les modalités d'exécution de la peine concernées ont été instituées - c'est-à-dire, pour les modalités visées, la réinsertion sociale des condamnés.

En effet, les travaux préparatoires de la loi Pot-pourri II mentionnaient une volonté d'éviter que les modalités d'exécution de la peine ne soient « accordées à des condamnés qui sont dans le Royaume illégalement et qui ne peuvent donc pas demeurer dans la société libre ». Il était précisé que ces modalités visent à « préparer ou à développer une réinsertion en Belgique après la libération, ce qui n'est pas possible pour cette catégorie de personnes »⁴⁰.

Ce but du législateur, visant à exclure les condamnés sans titre de séjour des modalités reliées à l'objectif de réinsertion sociale en Belgique, permet d'expliquer que celui-ci n'avait pas exclu la possibilité pour cette catégorie de justiciables de demander une libération provisoire pour raisons médicales ou des permissions de sortie occasionnelles. En effet, ces dernières, bien qu'elles leur permettent de circuler sur le territoire hors de la prison afin de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels ou de subir un examen ou un traitement médical, ne visent pas directement la réinsertion – même si elles peuvent y contribuer. Cela rend en revanche difficilement compréhensible que le législateur n'autorisait plus ces condamnés à solliciter une interruption de l'exécution de la peine, alors que cette modalité est octroyée pour des motifs graves et exceptionnels à caractère familial⁴¹, et qu'il n'avait pas exclu les condamnés sans titre de séjour mis à disposition du tribunal de l'application des peines de la possibilité de solliciter toutes les modalités d'exécution de la peine (permissions de sortie, congés pénitentiaires, détention limitée, surveillance électronique et libération sous surveillance)⁴².

40 Projet de loi modifiant le droit pénal et de la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2015 – 2016, n° 54-1418/001, p. 131.

41 Article 15 de la loi du 17 mai 2006 ; et O. NEDERLANDT et Th. MOREAU, « Évolution dans le champ de l'exécution des peines depuis la loi pot-pourri II », in M.-A. BEERNAERT et H. BOSLY, e.a., *op. cit.*, p. 281.

42 O. NEDERLANDT et Th. MOREAU, *ibid.*, p. 287.



Cette interprétation restrictive de la notion de réinsertion, selon laquelle cette dernière doit nécessairement se dérouler sur le territoire belge et ne peut être accessible qu'à des personnes ayant le droit d'y résider, avait soulevé bien des critiques. D'une part, les condamnés sans titre de séjour devraient pouvoir se voir octroyer une modalité leur permettant de préparer leur réinsertion à l'étranger, la loi du 17 mai 2006 n'exigeant pas que les perspectives de réinsertion sociale soient nécessairement en lien avec la Belgique⁴³. D'autre part, cette interprétation consacrait une approche binaire de la situation de l'étranger selon laquelle soit il a droit au séjour et sa réinsertion se fera en Belgique via une libération conditionnelle, soit il n'a pas de droit au séjour et sa réinsertion se fera dans le pays d'origine via une libération en vue de l'éloignement. Or, une telle approche ne tient pas compte des nombreuses situations complexes où le condamné ne se retrouve ni dans une option ni dans l'autre⁴⁴ (notamment les condamnés n'ayant aucune attache dans leur pays d'origine ou les condamnés inéloignables pour diverses raisons⁴⁵). Pour ces condamnés, la seule perspective était donc le fond de peine⁴⁶, avec les conséquences qui en découlent en termes de surpopulation pénitentiaire et risque de récidive⁴⁷. Enfin, cette interprétation restrictive rendait inconciliable la loi sur le statut juridique externe avec le principe posé dans la loi sur le statut juridique interne, à savoir que pour tous les condamnés détenus, sans exception, l'exécution de la peine privative de liberté est axée sur la préparation, de manière

43 F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », in *Actualités de droit pénal. Hommage à Ann Jacobs*, CUP, vol. 160, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 126, p. 127 et p. 141 ; M.-A. BEERNAERT, « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? », in M. CADELLI et Th. MOREAU (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 193.

44 F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 143 ; O. NEDERLANDT et Th. MOREAU, *op. cit.*, pp. 289 – 290 ; voir également sur le problème de l'identification de la nationalité du condamné : L. DE PELECIJN, S. DE RIDDER et V. SCHEIRS, « De beslissing tot voorlopige invrijheidstelling van gedetineerde vreemdelingen zonder verblijfsrecht door de strafuitvoeringsrechtbank », *Panopticon*, 2017, p. 327.

45 Comme l'a souligné le président de la 80^e chambre du tribunal de l'application des peines francophone de Bruxelles, Jean-François FUNCK, lors du recyclage du 2 février 2018 organisé par l'UCL autour de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, diverses raisons peuvent expliquer qu'un condamné sans titre de séjour en Belgique soit inéloignable : pour certains, il n'est pas possible d'identifier le pays d'origine (le condamné utilisant des alias, ou les autorités consulaires refusant de collaborer à l'identification), d'autres ne reçoivent pas de laisser-passer pour retourner dans leur pays d'origine, d'autres encore ne peuvent pas être renvoyés dans leur pays d'origine sur la base du principe de non-refoulement, car ils risqueraient d'y être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants.

46 À cet égard, soulignons que la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'absence de possibilité d'élargissement de la peine pour les condamnés à perpétuité peut être considéré, *a priori*, comme un traitement inhumain et dégradant ; or, c'est la situation dans laquelle se trouvent les condamnés à perpétuité sans titre de séjour ne pouvant prétendre à une libération conditionnelle ou à une libération provisoire en vue de l'éloignement (F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 147 ; M. DE RUE, « Les peines de perpétuité réelle sont contraires à la dignité humaine : la Cour européenne des droits de l'homme consacre un droit à l'espoir pour tous les condamnés (Cour eur. D.H. (g^{de} ch.), *Vinter e.a. c. Royaume-Uni*, 9 juillet 2013) », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 667 – 687).

47 O. NEDERLANDT, *op. cit.*, pp. 1038 – 1040.



personnalisée, de leur réinsertion dans la société libre⁴⁸ – alors que ces deux lois sont intimement liées⁴⁹.

La Cour de cassation avait d'ailleurs remis en question cette interprétation restrictive dans un arrêt du 26 avril 2017, publié et commenté dans cette revue⁵⁰, en considérant que certains condamnés sans droit de séjour au sens strict mais disposant néanmoins de perspectives de séjour, pouvaient poursuivre des démarches utiles à leur réinsertion.

Dans le cadre de son examen de proportionnalité, la Cour constitutionnelle n'adoptera pas cette interprétation restrictive, et retiendra les quatre arguments suivants pour conclure aux effets disproportionnés des dispositions attaquées :

1° Le caractère non-automatique de l'octroi des modalités d'exécution de la peine (B.90.1)

La Cour rappelle que l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine n'est jamais automatique et dépend de l'évaluation par l'autorité compétente du caractère réaliste et praticable du plan de réinsertion et des éventuelles contre-indications à l'octroi de la modalité. Rappelons en effet qu'avant l'entrée en vigueur de la loi Pot-pourri II, les tribunaux de l'application des peines, principalement francophones, octroyaient des modalités d'exécution de la peine à des condamnés sans titre de séjour dans certaines situations⁵¹. Soulignons par contre que l'article 48 de la loi du 17 mai 2006 exige l'existence d'un « plan de réinsertion sociale indiquant les perspectives de réinsertion du condamné », et non un plan au caractère « réaliste et praticable ». La Cour s'approprie ici la jurisprudence des tribunaux de l'application des peines, qui exigent en effet un plan tout à fait concrétisé (loge-

48 Article 9, § 2, de la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

49 Les principes énoncés dans la loi sur le statut juridique interne sont applicables au statut juridique externe, et le plan de réinsertion visé par la loi du 17 mai 2006 n'est que la suite du plan de détention individuel organisé par l'article 38 de la loi de principes du 12 janvier 2005 (Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », *Rapport final*, non publié, p. 2, 3 et 76 ; Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2004-2005, n° 3-1128/1, p. 2).

50 Cass. (2^e ch.), 26 avril 2017, P.17.0375.F., *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 840, avec note J. HARDY et O. NEDERLANDT, « L'annexe 35 : sésame pour les condamnés sans titre de séjour devant le tribunal de l'application des peines ? », pp. 843 – 848 ; L. BREULS, « Recente ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak met betrekking tot buitenlandse gedetineerden », *Fatik - Tijdschrift voor strafbeleid en gevangeniswezen*, 2017, pp. 5 – 10 ; « Le séjour précaire devant le Tribunal de l'application des peines », note sous Cass. (2^e ch.), 26 avril 2017, R.G. P.17.0375.F, *Newsletter ADDE*, n° 133, juillet 2017 ; S. SAROLÉA, « L'annexe 35 réhabilitée ? », note sous Cass., 26 avril 2017, *Newsletter EDEM*, mai 2017.

51 Pour des illustrations issues de la jurisprudence des TAP francophones, voir O. NEDERLANDT, *op. cit.*, pp. 1036 – 1037. Pointons le fait que les tribunaux de l'application des peines néerlandophones, déjà avant la réforme de la loi Pot-pourri II, n'octroyaient pas de surveillance électronique, détention limitée ou libération conditionnelle aux condamnés sans titre de séjour, mais octroyaient par contre dans certains cas des permissions de sortie en vue de régulariser leur situation de séjour (ce constat a été réalisé dans le cadre d'une recherche empirique menée au sein des différents tribunaux de l'application des peines de Belgique par un des auteurs de la présente contribution).



ment, occupation et suivi psychosocial immédiatement accessibles), plutôt que des perspectives de réinsertion.

2° L'absence de modification du statut de séjour par l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine (B.90.1)

Comme l'avait déjà affirmé le Conseil d'État⁵², la Cour constitutionnelle a déclaré que l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine ne modifiait en rien le statut de séjour de l'étranger condamné, bottant en touche un argument invoqué par le législateur (ce dernier avançait qu'une décision octroyant une modalité permettant à un condamné de subir sa peine à l'extérieur de la prison entrerait en conflit avec une décision de l'autorité compétente en matière de droit de séjour qui aurait refusé ce droit à la personne en cause⁵³) : droit pénitentiaire et droit des étrangers sont donc indépendants l'un de l'autre. La Cour précise aussi que l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine ne modifie ni la nature ni la durée de la peine privative de liberté prononcée par le juge. Cette affirmation doit être nuancée au vu des travaux législatifs ayant conduit à la loi du 17 mai 2006⁵⁴.

3° Le caractère absolu et automatique de l'exclusion des condamnés des modalités d'exécution de la peine empêchant tout examen de la situation individuelle par l'autorité compétente (B.90.2 et B.90.3)

Le caractère « absolu et automatique » de l'exclusion, soit le fait de considérer que les condamnés sans titre de séjour doivent tous être exclus du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine, avait été fortement critiqué, car il faisait fi des condamnés présentant des perspectives réelles de régularisation. La condamnation pénale n'est pas en soi un obstacle pour introduire une demande de séjour, ni un motif conduisant automatiquement à un refus de séjour. En effet,

52 Projet de loi modifiant le droit pénal et de la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 283 – 284 : « la décision d'octroyer une modalité d'exécution de la peine ne se conçoit pas comme une décision portant sur le statut de séjour ou comme une décision qui l'implique et, partant, elle n'a pas pour effet que l'intéressé séjournerait légalement dans le pays ».

53 Projet de loi modifiant le droit pénal et de la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 283.

54 En effet, le critère utilisé en matière d'exécution des peines pour départager les compétences du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire est justement celui de la modification de la nature et de la durée de la peine privative de liberté. Ainsi, il est considéré que la nature de la peine privative de liberté est modifiée par « toute décision qui change substantiellement la liberté de mouvement du condamné à une peine privative de liberté, soit parce que l'intéressé réintègre la société pour une plus longue période, soit parce que la détention se déroule ailleurs qu'en prison » (Projet de note « statut juridique externe des détenus condamnés et institutions des tribunaux pénitentiaires », *Doc. parl.*, Chambre, session ord., 2000-2001, n° 50-1076/001, pp. 402 – 403), ce qui requiert l'intervention du juge ou du tribunal de l'application des peines. Ainsi, une libération conditionnelle modifie la nature et la durée de la peine privative de liberté car le condamné passe d'une *privation* de la liberté d'aller et venir à une *restriction* de la liberté d'aller et venir, restriction qui consiste en un contrôle des conditions particulières à la libération. En outre, la fixation d'un délai d'épreuve minimum et maximum entraîne également une modification dans la durée de la peine (Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », *Rapport final*, non publié, pp. 94-95).

le critère d'évaluation est celui des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, et le danger pour l'ordre public ne résulte pas automatiquement de la commission d'une infraction pénale⁵⁵. Par ailleurs, la situation familiale d'un condamné sans titre de séjour peut évoluer au cours de sa détention (entraînant un examen de proportionnalité de la décision relative au séjour au regard du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme). La critique soulignait aussi que cette exclusion généralisée portait atteinte aux possibilités pour les juges d'individualiser l'exécution des peines en examinant eux-mêmes si ces condamnés disposent de possibilités de régularisation constituant des perspectives de réinsertion sociale et justifiant l'octroi de ces modalités – l'atteinte au principe d'individualisation de la peine et de son exécution ayant été perçue non seulement comme une méfiance à l'égard du juge, mais surtout comme un « recul de civilisation »⁵⁶. La Cour constitutionnelle reprend ces deux arguments dès lors qu'elle juge l'exclusion généralisée disproportionnée parce que :

55 Le législateur a expliqué que « la notion de “raisons d'ordre public ou de sécurité nationale” implique l'existence d'une menace suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société, celui-ci devant s'entendre comme comprenant aussi la sécurité intérieure et extérieure de l'État. (...) Différents facteurs peuvent ainsi influencer sur la gravité de la menace, tels que la nature ou l'ampleur des faits, la nature et la gravité des sanctions encourues ou prononcées, le contexte juridique et/ou politique dans lequel ces faits s'inscrivent, tant au niveau national qu'international, le statut de la victime, le degré de responsabilité ou d'implication de l'intéressé, son statut social ou professionnel de l'intéressé, sa tendance à la récidive ou à maintenir son comportement, le *modus operandi*, etc. Ainsi, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, la notion de “raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale” peut notamment couvrir la participation ou le soutien à des activités terroristes ou à une organisation terroriste, la criminalité liée au trafic de stupéfiants, les actes d'abus sexuel ou de viol sur mineur, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ou encore la fraude fiscale. Toutefois, il y a lieu de souligner que même en présence de tels faits, l'autorité compétente devra examiner chaque situation dans sa globalité de sorte qu'il ne pourra pas être mis fin automatiquement au séjour pour des “raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale”. Il se peut en effet que les circonstances de la cause ne revêtent pas le degré de gravité requis pour pouvoir être qualifiées de la sorte » (Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2016-2017, n° 54-2215/001 pp. 23 – 25). Rappelons également la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a déclaré dans un arrêt du 11 juin 2015 : « il y a lieu de considérer qu'un État membre est tenu d'apprécier la notion de “danger pour l'ordre public”, au sens de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2008/115, au cas par cas, afin de vérifier si le comportement personnel du ressortissant d'un pays tiers concerné constitue un danger réel et actuel pour l'ordre public. Lorsqu'il s'appuie sur une pratique générale ou une quelconque présomption afin de constater un tel danger, sans qu'il soit dûment tenu compte du comportement personnel du ressortissant et du danger que ce comportement représente pour l'ordre public, un État membre méconnaît les exigences découlant d'un examen individuel du cas en cause et du principe de proportionnalité. Il en résulte que le fait qu'un ressortissant d'un pays tiers est soupçonné d'avoir commis un acte punissable qualifié de délit ou de crime en droit national ou a fait l'objet d'une condamnation pénale pour un tel acte ne saurait, à lui seul, justifier que ce ressortissant soit considéré comme constituant un danger pour l'ordre public au sens de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2008/115 » (C.J.U.E., 11 juin 2015, *Z. Zh. Et I.O. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie*, aff. C-554/13, § 50, nous soulignons ; pour un commentaire, voir : P. D'HUART, « C.J.U.E., *Z. Zh. Et I.O. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie*, aff. C-554/13, 11 juin 2015 – Le danger pour l'ordre public comme motif de refus d'octroi d'un délai de départ volontaire : un concept à l'autonomie encadrée », *Newsletter EDEM*, juin 2015).

56 Pour un exposé de ces critiques, voir O. NEDERLANDT, *op. cit.*, pp. 1033-1037.



- d'une part, elle ne tient pas compte des situations diverses de ces condamnés, qui sont exclus « quels que soient les faits qu'ils ont commis, la peine prononcée à leur égard, leur comportement depuis leur incarcération, l'historique de leur situation administrative de séjour, leurs attaches familiales en Belgique et la possibilité d'éloignement en ce qui les concerne⁵⁷ »,
- d'autre part, elle ne permet pas aux autorités compétentes d'examiner « la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger demandeur ».

Enfin, parce qu'elle souligne que cette exclusion généralisée empêche l'autorité compétente d'examiner la demande de ces condamnés de « bénéficier d'une mesure leur permettant de préparer leur réinsertion sociale ou de maintenir des liens familiaux, affectifs et sociaux », la Cour rejette aussi l'interprétation restrictive de la notion de réinsertion, considérant que cette dernière n'est pas *a priori* exclue pour des condamnés sans titre de séjour.

4° La possibilité d'exécuter une mesure d'éloignement malgré l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine (B.90.4)

La Cour finit par rappeler que l'octroi des modalités d'exécution de la peine visées par les dispositions attaquées n'empêche pas d'exécuter une mesure d'éloignement de l'intéressé si les conditions sont remplies, soit par une libération en vue d'un éloignement immédiat ou d'un transfert dans un centre fermé pour étrangers visée à l'article 20/1 de la loi du 17 mai 2006, soit par une libération provisoire en vue de l'éloignement ou une mise en liberté provisoire en vue de la remise, visée à l'article 25/3 de la loi du 17 mai 2006. Elle considère que l'octroi des modalités dont sont exclus les condamnés sans titre de séjour par la loi Potpourri II « n'empêche donc pas les autorités de mener la politique de leur choix en matière d'accès au territoire ».

Ce passage de l'arrêt est intéressant à plusieurs égards.

Tout d'abord, il peut être ajouté que, en-dehors des deux mesures prévues aux articles 20/1 et 25/3 de la loi du 17 mai 2006 et visées par la Cour constitutionnelle, l'octroi à un condamné étranger d'une modalité d'exécution de la peine visée par les dispositions attaquées n'empêche pas les autorités compétentes en matière de séjour de prendre des mesures relatives au séjour de ce condamné. Une décision du Conseil du Contentieux des Étrangers illustre d'ailleurs cette possibilité : un condamné s'est vu retirer son titre de séjour pour des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale, après s'être vu octroyer une surveillance électronique

57 En effet, rappelons que la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers précise que le ministre qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences, sous certaines conditions, « peut » donner à l'étranger un ordre de quitter le territoire. Il s'agit donc d'une faculté et non d'une obligation. Il arrive d'ailleurs que des condamnés sans titre de séjour soient libérés sans avoir fait l'objet d'une décision d'éloignement.

par le tribunal de l'application des peines. L'intéressé invoquait devant le Conseil du Contentieux des Étrangers le fait que cette décision en matière de séjour était contradictoire avec le jugement du tribunal de l'application des peines⁵⁸. Dans un arrêt du 22 décembre 2017, le Conseil du Contentieux des Étrangers a déclaré que le Secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration a l'entière compétence pour prendre des mesures relatives au droit de séjour, et dispose dans ce cadre de sa propre compétence d'appréciation. Une décision du tribunal de l'application des peines dans le contexte de l'exécution d'une peine privative de liberté, bien qu'elle doive être prise en compte, n'est pas un élément suffisant pour empêcher le Secrétaire d'État de prendre une mesure sur le séjour⁵⁹.

Ensuite, la Cour considère que la libération provisoire en vue de l'éloignement dans le pays d'origine peut être accordée, même si une modalité aménageant la peine en Belgique a été précédemment octroyée (permission de sortie, congé pénitentiaire, détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle) : cela appuie l'argument selon lequel un condamné peut obtenir des modalités d'exécution de la peine en Belgique pour préparer sa réinsertion à l'étranger.

Enfin, il est surprenant de constater que la Cour évoque le choix des autorités de mener leur politique migratoire en parlant dans la même phrase de deux modalités très différentes, relevant de la compétence de deux autorités distinctes. La libération provisoire en vue de l'éloignement est une modalité dont l'octroi est décidé par le pouvoir judiciaire (les tribunaux de l'application des peines), tandis que la libération en vue d'un éloignement immédiat ou d'un transfert dans un centre fermé pour étrangers est une mesure qui est prise par le pouvoir exécutif (le ministre de la Justice), soumise à la condition que le condamné fasse l'objet d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif et qui ne peut être ordonnée qu'à partir de six mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou des peines privatives de liberté purgée(s) par le condamné. Cette absence de distinction claire entre ces deux modalités pourrait laisser penser que la Cour considère que les tribunaux de l'application des peines participent à la politique migratoire dans leur prise de décisions quant aux modalités de libération en vue de l'éloignement du territoire – ce qui n'est pas du tout prévu dans la législation pénitentiaire. Pourtant, des chercheurs ont pu observer une forme de participation des tribunaux de l'application des peines à la politique migratoire

58 Selon le requérant, le tribunal de l'application des peines était la seule instance pouvant exercer une appréciation correcte du potentiel danger pour l'ordre public que pouvait représenter le condamné, dès lors que sa décision découle d'une analyse faite par des juges spécialisés, sur la base d'un dossier contenant une taxation des risques réalisée par le service psychosocial du SPF Justice, organe ayant pour mission d'évaluer la dangerosité sociale du condamné. Le requérant considérait que le Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration outrepassait sa compétence d'appréciation en prenant une décision se basant sur sa propre interprétation du danger de récidive du condamné sans tenir compte de celle du Tribunal de l'application des peines (C.C.E., 22 décembre 2017, n° 197.311, considérant 6-1.4.2., p. 14).

59 C.C.E., 22 décembre 2017, n° 197.311, considérant 3.19.5, p. 34.



sur la base d'une analyse de leurs décisions relatives à la libération provisoire en vue de l'éloignement⁶⁰. Ce constat d'une incorporation progressive du contrôle migratoire au sein du droit pénal et du droit pénitentiaire est qualifié par les chercheurs de « crimmigration »⁶¹. Si la loi du 15 mars 2012, ayant notamment inséré la mesure prévue à l'article 20/1 dans la loi du 17 mai 2006, était une première incursion de la politique migratoire dans le droit pénitentiaire⁶², les dispositions de la loi Pot-pourri II avaient poussé encore plus loin cette intrusion au point d'imposer aux tribunaux de l'application des peines d'appliquer une logique d'exception pour les condamnés étrangers sans titre de séjour. Pour ces condamnés, l'objectif de réinsertion sociale disparaît, les contre-indications à analyser sont minimales et les informations psychosociales que reçoivent les tribunaux à leur sujet sont réduites à peau de chagrin⁶³ (en effet, suite à l'adoption de la loi Pot-pourri II, les services psychosociaux des établissements pénitentiaires avaient reçu la consigne de rédiger des rapports beaucoup plus succincts pour les condamnés sans titre

60 Voy. S. DE RIDDER, « Crimmigratie en gedetineerden zonder verblijfsrecht in België », *Panopticon*, 2017, pp. 346 – 352 ; voy. également L. DE PELECYN, S. DE RIDDER et V. SCHEIRS, « De beslissing tot voorlopige invrijheidstelling van gedetineerde vreemdelingen zonder verblijfsrecht door de strafuitvoeringsrechtbank », *Panopticon*, 2017, pp. 319-337.

61 Voy. sur les interactions entre contrôle de la délinquance et contrôle migratoire, et sur la notion de « crimmigration » : S. DE RIDDER, « Crimmigratie en gedetineerden zonder verblijfsrecht in België », *Panopticon*, 2017, pp. 338 – 359.

62 La loi du 15 mars 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (*M.B.*, 30 mars 2012) a apporté deux modifications à la loi du 17 mai 2006. D'une part, elle a donné au ministre de la Justice la possibilité de « libérer » un condamné étranger pour le transférer de la prison vers un centre fermé (cette possibilité a été prévue afin d'éviter d'avoir dans les prisons des étrangers en détention administrative et de s'assurer que la détention administrative en vue de l'éloignement ait lieu uniquement dans les centres fermés de l'Office des Étrangers : Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par Mme Matz, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2011-2012, n° 5-1364/3, p. 4). D'autre part, elle a prévu que les jugements des tribunaux de l'application des peines octroyant la modalité de libération provisoire en vue de l'éloignement à un condamné faisant l'objet d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif, ne deviennent exécutoires qu'au moment de l'éloignement effectif ou du transfert vers un centre fermé relevant de l'Office des Étrangers.

63 Cet extrait d'un jugement du tribunal de l'application des peines de Bruxelles est édifiant : « Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016, le tribunal ne doit plus vérifier les possibilités réelles de réinsertion dans le pays d'origine (à savoir, essentiellement, le logement et le travail), qui ne sont dès lors plus considérées par le législateur comme des critères d'octroi de la libération en vue d'éloignement. Par ailleurs, le tribunal ne dispose plus d'aucun outil pour apprécier le risque de récidive : en effet, selon les instructions formulées par l'administration pénitentiaire, en cas de demande de libération en vue d'éloignement, le service psychosocial de la prison est invité à rédiger, non pas un rapport approfondi mais “une note”, qui “ne nécessite ni investigation ni avis” et dont le canevas obligatoire ne comporte même pas une rubrique relative au risque de récidive. L'avocat de l'intéressé expose qu'il a demandé un rapport approfondi, en vain. Ces différentes modifications législatives et administratives s'inscrivent dans le cadre d'une politique délibérée des pouvoirs législatifs et exécutifs de renvoyer au plus vite les détenus sans titre de séjour dans leur pays d'origine. » (TAP Bruxelles (80^e ch.), 5 février 2018, R.G. n° 17/1013/LPE).



de séjour⁶⁴ - cette consigne a été modifiée suite à l'arrêt de la Cour⁶⁵). En d'autres termes, pour ces condamnés, le message du législateur Pot-pourri II était d'investir le moins possible, de ne pas préparer leur réinsertion, et – sans investiguer, ou à peine, les risques qu'ils pourraient présenter en termes de récidive ou à l'égard des victimes – de les éloigner... coûte que coûte !

La décision de la Cour constitutionnelle peut être accueillie de façon positive en ce qu'elle refuse cette logique d'exception et cette instrumentalisation du droit pénitentiaire à des fins migratoires : les condamnés étrangers sans titre de séjour, comme les autres, peuvent solliciter des modalités d'exécution de leur peine en vue de poursuivre les démarches utiles à leur réinsertion sociale. Les condamnés souhaitant se réinsérer en Belgique peuvent faire les démarches nécessaires à leur régularisation, et ceux souhaitant se réinsérer dans leur pays d'origine, préparer leur réinsertion à l'étranger. Refuser par principe les modalités d'exécution de la peine au seul motif de l'absence de titre de séjour est disproportionné pour certains condamnés : la réalité juridique, sociale et humaine de nombreux condamnés s'inscrit en effet difficilement dans une approche binaire opposant séjour légal et séjour illégal. Les autorités compétentes en matière d'exécution des peines devant régulièrement connaître de situations de séjour complexes, il était essentiel de leur préserver une marge de manœuvre pour rendre des décisions en phase avec cette réalité – ce qu'a fait la Cour constitutionnelle en rendant aux tribunaux de l'application des peines leur compétence de pouvoir individualiser l'exécution de la peine de *tous* les condamnés.

Si les tribunaux de l'application des peines francophones pourront renouer avec leur jurisprudence antérieure à la loi Pot-pourri II, la question se pose à présent de savoir si l'arrêt commenté conduira à un revirement de jurisprudence au sein des tribunaux de l'application des peines néerlandophones. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation devrait également évoluer, car elle avait déclaré en 2011 que la libération conditionnelle ne pouvait être octroyée à un condamné sans titre de séjour dès lors qu'il est impossible pour lui de réaliser une réinsertion

64 Ainsi, dans les « instructions de service SPS – gestion des détenus et statut externe 2017 » adressées par la Direction Générale des Établissements Pénitentiaires aux services psychosociaux des établissements pénitentiaires et entrées en vigueur le 1^{er} février 2017, il est indiqué aux services psychosociaux qu'ils doivent rédiger pour les condamnés disposant d'un titre de séjour soit un rapport standard, soit un rapport standard spécialisé, soit un rapport approfondi, soit un rapport approfondi spécialisé, selon les situations, tandis que pour les condamnés sans titre de séjour, ils ne doivent rédiger qu'une « note en vue de la libération provisoire en vue de l'éloignement » (p. 16), sachant que cette note « ne nécessite ni investigation ni avis », et se contente de décrire le milieu d'accueil dans le pays de retour et la qualité des attaches en Belgique, les sources de revenus et activités occupationnelles/professionnelles et les efforts pour l'indemnisation des victimes (p. 21). Pour ces condamnés, les services psychosociaux ne réalisent donc pas d'anamnèse, de présentation du parcours délinquant et du parcours de détention, de criminogénèse, d'analyse de la personnalité, d'évaluation du risque de récidive, etc.

65 Le 28 janvier 2018, les services psychosociaux ont reçu la consigne de rédiger pour les condamnés sans titre de séjour les mêmes rapports standards que ceux qu'ils rédigent pour les condamnés en ordre de séjour.



utile en Belgique⁶⁶. Cette évolution se remarquait toutefois déjà avec sa décision du 26 avril 2017 relative à l'annexe 35 (*supra*).

La Cour conclut son raisonnement comme suit : le législateur peut apprécier « pour chaque modalité d'exécution de la peine envisagée, s'il est pertinent de l'exclure pour *certaines catégories d'étrangers* non autorisés au séjour, dans le respect du principe de proportionnalité » (B.90.4, nous soulignons). Si rien n'empêche le législateur de reprendre la plume pour prévoir des exclusions plus ciblées, il nous semble que de telles exclusions ne devraient toutefois en rien porter atteinte au principe que l'exécution de la peine de ces condamnés soit centrée sur la préparation personnalisée de leur réinsertion dans la société libre, que cette réinsertion ait à terme lieu en Belgique, ou ailleurs.

Quant aux étrangers sans titre de séjour condamnés à des peines privatives de liberté dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans, s'ils peuvent se voir octroyer une libération provisoire tout comme les autres condamnés après avoir purgé une partie de leur peine, ils sont par contre exclus de la possibilité d'exécuter leur peine en surveillance électronique⁶⁷. À notre sens, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle devrait conduire le ministre de la Justice à adopter une nouvelle circulaire ministérielle permettant l'octroi de la surveillance électronique à ces condamnés.

« Enfin, pointons le fait que l'arrêt commenté laisse présager le contenu de la décision que la Cour constitutionnelle aura à prendre à l'égard des deux recours en annulation partielle introduits contre la loi pot-pourri III⁶⁸. En effet, les articles 163 et 167 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice⁶⁹, dite pot-pourri III, à l'instar de la loi pot-pourri II pour les condamnés, ont exclu la possibilité pour les internés sans titre de séjour de bénéficier de la majorité des modalités d'exécution de la mesure d'internement⁷⁰. Ces dispositions de la loi pot-pourri III à l'égard des internés étant similaires à celles de la loi pot-pourri II à l'égard des condamnés, annulées par la Cour, il est fort probable qu'elles seront également annulées.

66 La Cour de cassation a d'abord considéré que les condamnés sans titre de séjour pouvaient se voir octroyer la modalité de détention limitée (Cass., 20 janvier 2009, R.G. P.08.1930.N, *Pas.*, 2009, p. 174), pour ensuite déclarer qu'ils ne pouvaient se voir octroyer de libération conditionnelle dès lors qu'il est impossible pour une personne n'ayant pas le droit de séjourner dans le Royaume « d'élaborer une réinsertion utile » (Cass., 25 janvier 2011, R.G. P.10.2053.N, *Pas.*, 2011, p. 269).

67 Circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013, ayant pour objet la « réglementation de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement lorsque l'ensemble des peines en exécution n'excède pas trois ans d'emprisonnement », p. 4, modifiée par la circulaire n° ET/SE-2bis du 26 novembre 2015, entrée en vigueur le 27 novembre 2015, ayant le même objet.

68 Ces deux recours sont inscrits sous les numéros 6538 et 6539 du rôle de la Cour constitutionnelle. *M.B.*, 13 mai 2016.

70 La Ligue des Droits de l'Homme a soulevé comme troisième moyen dans son recours que ces dispositions doivent être annulées en ce qu'elles instaurent une différence de traitement non justifiée et violent les articles 191, 10 et 11 de la Constitution, pris en soi et lus en combinaison avec l'article 22 de la Constitution et les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Par ailleurs, la Cour était également saisie de trois questions préjudicielles qui l'interrogeaient quant à l'existence d'une éventuelle discrimination à l'encontre des condamnés sans titre de séjour, posées par le tribunal de l'application des peines de Mons⁷¹, le tribunal de l'application des peines francophone de Bruxelles⁷² et la Cour de cassation⁷³. La Cour a déclaré ces trois questions préjudicielles sans objet dès lors qu'elles portent sur des dispositions qu'elle a annulées dans l'arrêt commenté⁷⁴. ».

Conclusion

Le recyclage « Que reste-t-il de la loi pot-pourri II après son passage à la Cour constitutionnelle ? » qui s'est tenu à l'Université Catholique de Louvain le 2 février 2018 s'ouvrait sur le constat que le législateur avait, par la loi Pot-pourri II, notamment poursuivi un objectif économique de réduction des coûts. Le ministre de la Justice Koen Geens a en effet régulièrement affirmé vouloir une justice plus efficace, plus rapide et plus économique⁷⁵, estimant qu'une justice plus efficiente est plus équitable⁷⁶.

Si la volonté du gouvernement était de se donner le temps de procéder à une grande réforme du droit pénal et de la procédure pénale⁷⁷, le ministre de la Justice a lancé le législateur dans un travail de réécriture du droit pénal, de la procédure pénale et du droit pénitentiaire au rythme effréné, les lois « Pot-pourri » se succédant sans de longs débats parlementaires. Le ministre, et le législateur à sa suite, ont en effet trouvé indispensable d'adopter des « mesures ponctuelles » visant à

71 TAP Mons (37^e ch.), 29 juin 2016, R.G. 16/00052-SE3, inédit. La question préjudicielle est inscrite sous le numéro 6471 du rôle de la Cour constitutionnelle.

72 TAP Bruxelles (80^e ch.), 27 mars 2017, R.G. 16/697/LC, inédit. La question préjudicielle est inscrite sous le numéro 6644 du rôle de la Cour constitutionnelle.

73 Cass. (2^e ch.), 22 mars 2017, P.17.0241.F, inédit. Cette question est inscrite sous le numéro 6645 du rôle de la Cour constitutionnelle.

74 C.C., arrêt n° 19/2018 du 22 février 2018 ; C.C., arrêt n° 47/2018 du 29 mars 2018.

75 K. GEENS, Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficacité pour une meilleure justice, 18 mars 2015, *Doc. parl.*, Chambre, sess., ord. 2014-2015, n° 54-1019/001 ; K. GEENS, « Note de politique générale. Justice », 3 novembre 2016, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2016-2017, n° 54-2111/021 ; K. GEENS, *Le saut vers le droit de demain, recodification de la législation de base*, 6 décembre 2016 ; K. GEENS, « Note de politique générale. Justice », 8 novembre 2017, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2017-2018, n° 54-2708/029.

76 K. GEENS, Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficacité pour une meilleure justice, 18 mars 2015, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2014-2015, n° 54-1019/001, p. 3.

77 Accord de gouvernement du 10 octobre 2014, p. 116 (« Le gouvernement reformera et modernisera le droit pénal pour que celui-ci gagne en clarté et en cohérence). Par arrêté ministériel du 30 octobre 2015 portant création des Commissions de réforme du droit pénal et de la procédure pénale, *M.B.*, 29 décembre 2015, le ministre de la Justice a désigné les professeurs Joëlle Rozie et Damien Vandermeersch comme membres de la Commission de réforme du droit pénal chargée d'élaborer une note d'orientation qui prépare la réforme du Code pénal et une proposition de réforme du Code pénal (voy. à cet égard : Commission de réforme du droit pénal, *Proposition d'avant-projet de livre 1er du Code pénal*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, la Charte, 2016) et Philip Traest, Yves Liégeois, Marie-Aude Beernaert et Laurent Kennes comme membres de la Commission de réforme de la procédure pénale.



« réduire les gaspillages de temps, d'énergie et d'argent, qui sont devenus insupportables »⁷⁸.

Le souci de réduction des coûts a ainsi été mobilisé par le législateur comme justification des différentes modifications apportées par la loi Pot-pourri II : moins recourir à la trop onéreuse Cour d'assises⁷⁹, supprimer les pourvois en cassation dès lors qu'ils sont pour la majorité inutiles⁸⁰, remplacer le pli judiciaire par un courrier recommandé⁸¹, ajouter une hypothèse d'opposition non avenue afin d'éviter les abus en la matière⁸², introduire un formulaire de griefs pour interjeter appel dans le but de responsabiliser le justiciable⁸³, mettre en place une reconnaissance préalable de culpabilité pour alléger la charge de travail du tribunal correctionnel et de police et permettre un règlement rapide et efficient des affaires⁸⁴, etc.

Cette volonté d'efficience pouvait-elle justifier de légiférer sans attendre les nouveaux codes de droit pénal et de procédure pénale ?

Aujourd'hui, force est de constater que la loi Pot-pourri II n'a passé ni le test du Conseil d'État ni celui de la Cour constitutionnelle. Comme le soulignait Marie-Aude Beernaert lors du recyclage du 2 février 2018, de nombreuses dispositions annulées l'ont été pour des raisons qui avaient déjà été soulevées par la section législation du Conseil d'État. Le législateur aurait été bien avisé de davantage tenir compte des observations de ce dernier et des remarques formulées par les acteurs de terrain auditionnés à la Chambre des représentants.

La Cour constitutionnelle a sanctionné sévèrement le législateur par l'annulation de nombreuses dispositions, alors que l'on voit qu'elle a essayé de sauvegarder un maximum la sécurité juridique en faisant le choix de ne pas annuler certaines dispositions qu'elle considère comme constitutionnelles pour autant qu'elles reçoivent l'interprétation proposée par la Cour. Nous pouvons citer à titre d'exemple les dispositions relatives aux voies de recours : même si la Cour a rejeté les recours contre les articles en rapport avec l'opposition et l'appel, son arrêt apporte un éclairage précieux quant à l'interprétation et la portée de ces dispositions. Le droit d'accès au juge requiert qu'il soit vérifié, avant de déclarer une opposition non avenue, que celui qui forme opposition a lui-même renoncé à ce droit. Il est rappelé que la charge de la preuve repose exclusivement sur la partie poursuivante. Par ailleurs, concernant la requête d'appel contenant les griefs, la Cour constitutionnelle s'est référée à la jurisprudence de la Cour de cassation qui proscrit un formalisme excessif de la part du juge. Si la partie appelante est tenue

78 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 4.

79 *Ibid.*, pp. 102 et 112.

80 *Ibid.*, p. 127.

81 *Ibid.*, p. 136.

82 *Ibid.*, pp. 72-73.

83 *Ibid.*, p. 85.

84 *Ibid.*, pp. 88-89.

d'indiquer, dans la requête, les parties du jugement attaqué dont elle demande réformation, elle pourra toujours développer, après le dépôt de cette requête, de nouveaux arguments concernant les griefs invoqués.

La Cour a cherché à sauvegarder la sécurité juridique en maintenant les effets de certaines dispositions qu'elle a annulées, sans toutefois parvenir à être elle-même tout à fait claire : c'est ainsi qu'elle a dû rendre un arrêt interprétatif le 9 mars 2018, pour trancher des questions qui restaient ouvertes suite à son arrêt du 21 décembre 2017.

Il est par ailleurs permis de s'interroger sur les valeurs qu'entendait défendre le législateur en adoptant la loi Pot-pourri II. Quelle politique cette loi aura-t-elle servi ? La réduction des coûts dans une société poursuivant la croissance à n'importe quel prix ? Une politique migratoire laissant peu de place à l'humain ? Certains n'ont pas hésité à qualifier la loi Pot-pourri II de « recul de civilisation »⁸⁵.

Les autorités chargées de l'application de la loi Pot-pourri II n'ont également pas hésité à la remettre en question et à s'interroger sur les violations des droits fondamentaux qu'elle pouvait impliquer. Cela s'est traduit par des divergences d'interprétation et des questions préjudicielles. En matière d'exécution des peines, trois questions préjudicielles ont ainsi été posées à la Cour constitutionnelle. Quant aux divergences d'interprétation, nous pouvons par exemple citer celle de la notion de grief. Alors que la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle opèrent une distinction griefs/moyens, l'arrêté royal du 23 novembre 2017 propose un nouveau formulaire de griefs dans lequel il est demandé d'indiquer brièvement les raisons pour lesquelles il y a lieu de modifier la décision rendue en première instance. Ce formulaire semble confondre griefs et moyens et risque de poser de nouveaux problèmes d'interprétation.

À ces questionnements, la Cour constitutionnelle a apporté une réponse claire : le droit ne peut être instrumentalisé au profit d'une politique d'efficacité sans tenir compte des droits fondamentaux et des garanties qu'il protège. Ainsi, à l'égard du pourvoi en cassation, la Cour déclare « l'efficacité d'un pourvoi en cassation doit être envisagée à la lumière de ses finalités et des garanties qu'il offre au justiciable, particulièrement en ce qui concerne une mesure privative de liberté, et non au regard du nombre statistique de cassations auxquelles il pourrait donner lieu » (B.77.3). Quant aux condamnés sans titre de séjour, la Cour rappelle au législateur qu'il peut prévoir l'exclusion de ceux-ci du bénéfice de certaines modalités d'exécution de la peine, mais que de telles restrictions dans leurs droits ne peuvent être

85 Opinion commune de Françoise Tulkens, Paul Martens, Patrick Henry et Robert De Baerdemaeker, « Le plan Geens pour la Justice, un recul de civilisation ? », Libre Belgique, 26 octobre 2015, www.lalibre.be/debats/opinions/le-plan-geens-pour-la-justice-un-recul-de-civilisation-662ce9ab3570b0f19fab0620 ; P. MARTENS, « La loi "pot-pourri II" : un recul de civilisation ? », *Le Pli Juridique*, n° 36, 2016, pp. 17 – 18 ; M. CADELLI et Th. MOREAU (dir.), *op. cit.*



généralisées et doivent respecter un juste équilibre entre la politique migratoire et le droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés (B.90.4).

En demandant au législateur de prendre les droits fondamentaux au sérieux, la Cour ne l'empêche pas d'adopter des mesures visant à une plus grande efficacité de la justice. Il est d'ailleurs permis de se poser la question de savoir si la loi Potpourri II peut être considérée comme ayant contribué à une plus grande efficacité en justice pénale, au vu des nombreux questionnements et recours qu'elle a entraînés en pratique, pour finalement être annulée en grande partie deux ans après son entrée en vigueur. Le coût d'une telle insécurité juridique n'était-il pas plus élevé que les bénéfices qu'espéraient réaliser le ministre et le législateur en adoptant cette loi envers et contre tous ?

Elise DELHAISE

Assistante – doctorante en droit pénal à l'UNamur
Membre du centre de recherche « Vulnérabilités & sociétés »

Olivia NEDERLANDT

Chercheuse F.R.S.-FNRS à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Membre du centre de recherche « GREPEC »