

# LE DROIT D'ACCÈS AU JUGE - UN LEITMOTIV DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ?

PAR

Olivier MICHIELS

Conseiller à la cour d'appel de Liège  
Chargé de cours à l'Université de Liège

## INTRODUCTION

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit aux justiciables un droit effectif d'accès aux tribunaux pour obtenir une décision relative à leurs « droits et obligations de caractère civil » (1) ou lorsqu'ils sont confrontés à « une accusation en matière pénale » (2).

La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, à maintes reprises, que l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention s'applique sous son volet « civil » lorsqu'il existe une contestation qui porte sur un « droit » auquel l'on peut prétendre de manière défendable, qui soit reconnu en droit interne et que ce droit soit ou non protégé par la Convention. La contestation doit être réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. Enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup> (3).

---

(1) Cour eur. D.H., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, et avant cet arrêt Cour eur. D.H., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*.

(2) Cour eur. D.H., 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique* ; voy aussi [www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf).

(3) Cour eur. D.H., 14 septembre 2017, *Károly Nagy c. Hongrie* ; Cour eur. D.H., Miessen c. Belgique, 18 octobre 2016 ; Cour eur. D.H., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie* ; Cour eur. D.H., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine*, n° 2 ; Cour eur. D.H., 15 janvier 2009, *Argyrou et autres c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ; Cour eur. D.H., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*.

La notion d'accusation en matière pénale a, elle aussi, été définie par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette notion revêt une portée « autonome », indépendante des catégorisations utilisées par les systèmes juridiques nationaux des États membres (4). Selon la Cour, la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique milite pour une conception « matérielle », et non « formelle », de l'« accusation » régie par l'article 6 ; « elle commande à la Cour de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en jeu pour savoir s'il y avait « accusation » aux fins de l'article 6 » (5).

Pour la Cour de Strasbourg, « l'accusation » se définit comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale ou de l'existence de « répercussions importantes sur la situation » du suspect (6).

La réception de ces principes en droit interne ne manque pas d'intérêt et tout naturellement, dans les hypothèses de concours de droits fondamentaux (7), la Cour constitutionnelle se trouve en première ligne pour appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (8). Si l'on analyse cette perméabilité sous le seul angle du droit d'accès au tribunal, envisagé sur le terrain de la procédure pénale, il est un fait qui s'impose comme une évidence, les arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle sur le sujet ne manquent pas. Vouloir les synthétiser relèverait de la gageure. Plus modestement, nous avons pris le parti d'épingler certaines décisions et, sans tendre à l'épuisement ou à l'élaboration d'une typologie, nous les avons classées en trois grandes catégories. La première est relative à l'absence de recours contre une décision susceptible de léser les droits d'un justiciable. La deuxième porte sur les modalités d'exercice du recours ouvert au justiciable. La troisième s'attache à la limitation du pouvoir du juge. Pour chacune de ces catégories, après avoir brièvement exposé les décisions choisies, nous tenterons de mettre en lumière des lignes de conduite qui paraissent transcender les cas d'espèce. Nous terminerons cette analyse d'ensemble par quelques considérations générales.

---

(4) Cour eur. D.H., 27 février 1980, *Deweever c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne*.

(5) Cour eur. D.H., 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*.

(6) Cour eur. D.H., 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie* ; Cour eur. D.H., 8 avril 2014, *Blaj c. Roumanie* ; Cour eur. D.H., 27 février 1980, *Deweever c. Belgique*.

(7) Voy. art. 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

(8) A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS et W. VERRIJDT, *La coopération entre les Cours constitutionnelles en Europe - Situation actuelle et perspectives*, Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVI<sup>e</sup> congrès de la conférence des Cours constitutionnelles, Vienne, 12-14 mai 2014, p. 10.

## I. L'ABSENCE DE RECOURS

La Cour constitutionnelle a été confrontée à diverses situations dans lesquelles la loi n'organisait pas de recours contre une décision susceptible de porter atteinte aux droits d'un justiciable. Pour une approche de la Cour constitutionnelle face à de tels constats et pour éprouver si elle en dégage des principes récurrents, nous citerons quatre sujets qui porteront respectivement sur l'accès au dossier répressif, le contrôle des méthodes particulières de recherche, le privilège de juridiction et le mandat d'arrêt européen.

### A. L'accès au dossier répressif autorisé par la partie publique

La matière est actuellement réglée par l'article 21*bis* du Code d'instruction criminelle qui détermine l'autorité compétente, en fonction de l'état de la procédure, pour statuer sur la demande d'accès au dossier. Si un recours est organisé contre les décisions prises par le juge d'instruction, il n'existait pas de recours effectif contre les décisions qui émanent de la partie publique. Or, en 1997 déjà (9), la Cour constitutionnelle stigmatisait, au regard de la législation applicable à l'époque, l'absence de recours juridictionnel contre la décision de refus d'accès au dossier adoptée souverainement par le ministère public (10).

Il n'est, dès lors, pas surprenant d'observer que vingt ans plus tard, par un arrêt du 25 janvier 2017, la Cour constitutionnelle a constaté que l'article 21*bis* du Code d'instruction criminelle n'était pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, puisqu'il ne prévoyait pas de recours devant un juge indépendant et impartial contre le refus ou l'absence de décision du ministère public quant à une demande d'accès au dossier formulée par la personne soupçonnée (11).

Tout vient à point à qui sait attendre, pourrions-nous dire. En effet, l'article 21*bis* du Code d'instruction criminelle a été modifié conformément

(9) C.A., 18 juillet 1997, n° 54/1997.

(10) O. MICHELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 88-89.

(11) C. const., 25 janvier 2017, n° 6/2017 ; dans ce même arrêt, la Cour ajoute : « toutefois, dans l'attente de l'intervention du législateur, dès lors que le constat de la lacune [...] est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à la violation de ces normes, en appliquant par analogie l'article 61*ter* du Code d'instruction criminelle.

à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de sorte qu'à l'heure actuelle cet article organise un recours devant la chambre des mises en accusation contre la décision de refus de la partie publique (12).

### B. Le contrôle des méthodes particulières de recherche

Une violation du droit d'accès au juge fut relevée par la Cour constitutionnelle lorsque celle-ci dut se prononcer sur le recours en annulation dirigé contre la loi du 6 janvier 2003, qui organisait les méthodes particulières de recherche (13). En effet, parmi les critiques « diffuses » émises à l'encontre de la loi, l'une d'elles portait sur l'inexistence d'un contrôle juridictionnel par le juge d'instruction ou les juridictions d'instruction sur la légalité des méthodes d'observation ou d'infiltration.

La Cour constitutionnelle ne manqua pas de retenir que l'absence d'un contrôle effectif de la légalité de la mise en œuvre de ces méthodes particulières de recherche portait notamment une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour annula de la sorte les dispositions critiquées en soulignant qu'il ne lui appartenait pas de désigner le juge compétent, offrant toutes les garanties d'impartialité, pour procéder à ce contrôle de légalité (14).

Pour mettre un terme à cette inconstitutionnalité, le législateur confiera ce contrôle à la chambre des mises en accusation. Ce choix sera validé par la Cour constitutionnelle (15), même si, à propos de l'organisation initiale de ce recours, la Cour sanctionnera le texte de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle en tant qu'il disposait que les arrêts de la chambre des mises en accusation portant sur la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche n'étaient pas susceptibles de recours. Précisons, qu'à l'heure actuelle, ces arrêts peuvent être entrepris en cassation après l'arrêt ou le jugement définitif (16).

(12) *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2017-2018, n° 54-2753/001, pp. 6-9 ; loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal et du droit judiciaire.

(13) C.A., 21 décembre 2004, n° 202/2004.

(14) Relevons également que pour éviter de créer une insécurité juridique, la Cour maintient les effets pendant le temps nécessaire au législateur.

(15) C. const., 19 juillet 2007, n° 105/2007.

(16) Voy. art. 420 C.I. cr., tel qu'il a été modifié par la loi pot-pourri II ; N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, « La phase de jugement et les voies de recours : éléments neufs », in *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 176-177.

Il est intéressant d'observer que, récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a, par un arrêt *Van Wesenbeeck c. Belgique* du 23 mai 2017 (17), estimé que le contrôle par la chambre des mises en accusation sur la complétude du dossier répressif, et donc indirectement sur la nécessité de tenir les données du dossier confidentiel à l'écart de la défense, constitue une garantie importante permettant de préserver les droits fondamentaux de la personne poursuivie. La Cour européenne des droits de l'homme y rappelle qu'elle est « consciente des difficultés inhérentes au travail d'enquête et d'investigation de la police, chargée de rechercher et recueillir les éléments de preuve des infractions commises. Pour y parvenir, les enquêteurs doivent recourir de plus en plus souvent, notamment dans le cadre de la lutte contre le crime organisé, aux agents infiltrés, aux informateurs et aux pratiques "sous couverture" ». La Cour en conclut que le recours à de telles méthodes – et en particulier les techniques d'infiltration – ne saurait en lui-même emporter violation du droit à un procès équitable » (18).

### C. Le privilège de juridiction

L'article 479 du Code d'instruction criminelle qui institue le « privilège de juridiction » (19) traduit la volonté du législateur de mettre les magistrats à l'abri de poursuites vexatoires ou inconsidérées auxquelles ils sont exposés en raison de leur fonction ; par ailleurs, il exprime le souci d'éviter les inconvénients qu'implique le jugement pénal d'un magistrat par une juridiction composée de ses collègues, qu'il s'agisse d'une indulgence ou d'une sévérité excessive.

L'opportunité des poursuites dirigées contre un magistrat, qui s'engageront devant la cour d'appel, relève de la compétence exclusive et sans appel du procureur général. Il s'ensuit qu'une partie préjudiciée ne peut, *de facto*, pas lancer une citation directe ou se constituer partie civile entre les mains d'un juge d'instruction contre un magistrat (20).

(17) Cour eur. D.H., 23 mai 2017, *Van Wesenbeeck c. Belgique*, § 79.

(18) *Id.*, § 64; Cour eur. D.H., 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*.

(19) O. MICHELIS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 366-363.

(20) Cass., 1<sup>er</sup> juillet 1996, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 984, et concl. av. gén. E. LIEKENDAEL ; Cass., 28 juin 2006, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 608 ; Cass., 8 septembre 2004, P.04.0916.F.

Ces dérogations au droit commun de la procédure ont été dénoncées devant la Cour constitutionnelle (21). En effet, celle-ci a eu à répondre à une question préjudicielle portant sur la limitation, dans le chef des victimes d'un crime ou d'un délit commis par une personne bénéficiant du privilège de juridiction, de la possibilité de mettre en mouvement l'action publique, d'une part, et sur la privation de la possibilité d'introduire un recours contre la décision du procureur général, d'autre part.

Pour y répondre, la Cour s'appuya sur les objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il entend conférer à certaines personnes un privilège de juridiction. Elle en conclut qu'il n'est manifestement pas déraisonnable d'avoir réservé l'exclusivité de la compétence d'introduire les poursuites contre des magistrats au seul procureur général près la cour d'appel, sans permettre l'exercice direct de celles-ci par la personne s'estimant lésée par l'infraction qui pourrait, quant à elle, être animée par une intention malveillante.

Cette prohibition s'inscrit dans la logique du système, qui a été insauré pour des motifs d'intérêt général et non dans l'intérêt personnel des individus auxquels le régime est applicable. Par conséquent, le législateur a pu ne pas prévoir, à l'instar de la décision rendue par la cour d'appel qui, elle non plus, n'est pas susceptible d'appel, de recours dans le chef de la partie prétendument lésée à l'encontre de la décision du procureur général de ne pas poursuivre l'auteur présumé de l'infraction.

L'absence de recours contre la décision prise par le procureur général qui est le seul maître des poursuites est de la sorte justifiée par la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle ajoute que ces mesures ne limitent pas de manière excessive les droits de la personne lésée, qui conserve la faculté de porter une demande en réparation devant le juge civil (22), pas plus que les droits de la personne poursuivie, qui dispose de la garantie d'être jugée par des cours qui se situent au sommet des juridictions de fond et, de surcroît, par un siège nécessairement composé de trois magistrats (23).

Dans un arrêt du 20 octobre 2016 (24), la Cour constitutionnelle a pu revenir sur les règles qui encadrent la mise en mouvement par le procureur général de l'action publique dirigée contre le magistrat d'une cour d'appel soupçonné d'avoir commis un délit ou un crime.

---

(21) C.A., 4 novembre 1998, n° 112/1998.

(22) *Id.*

(23) C.A., 18 novembre 1998, n° 117/1998.

(24) C. const., 20 octobre 2016, n° 131/2016.

Cet arrêt présente le grand intérêt de mettre en lumière les garanties supplémentaires prévues à l'égard des magistrats des cours d'appel qui font l'objet d'une information ou d'une instruction menée à l'initiative du procureur général.

La Cour constitutionnelle constate, en effet, que l'article 481 du Code d'instruction criminelle prévoit que les dénonciations ou les plaintes reçues au sujet d'un délit ou d'un crime qui aurait été commis par un magistrat de la cour d'appel en dehors de l'exercice de ses fonctions sont transmises au ministre de la Justice. Des copies des actes d'instruction déjà accomplis doivent également être adressées au ministre.

Le ministre de la Justice envoie ensuite les pièces à la Cour de cassation, qui, statuant en chambre du conseil, décide des suites à réserver à la procédure (25).

À ce stade, la Cour de cassation peut, telle une juridiction d'instruction, estimer qu'il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire compte tenu de l'absence d'infraction ou de charges suffisantes (26). Elle peut également décider qu'une instruction complémentaire s'impose et renvoyer l'affaire au premier président d'une autre cour d'appel que celle du ressort du magistrat concerné afin qu'il désigne un magistrat qui exercera les fonctions de juge d'instruction (27). Enfin, la cour de cassation peut renvoyer directement l'affaire devant la cour d'appel d'un ressort différent de celui auquel appartient le magistrat concerné, ou le cas échéant, devant la chambre des mises en accusation d'une autre cour d'appel si l'affaire est renvoyée à la cour d'assises.

La Cour constitutionnelle relève que si la Cour de cassation a requis des devoirs complémentaires et a, à cette fin, renvoyé l'affaire au premier président d'une cour d'appel autre que celle du ressort du magistrat concerné afin qu'il désigne un magistrat instructeur, le procureur général près cette cour d'appel est réputé compétent pour décider, au terme de l'instruction requise, si l'affaire doit ou non être renvoyée à la juridiction de jugement (soit de la cour d'appel), sans qu'une nouvelle décision de la Cour de cassation soit requise en la matière. Cette pratique correspond, au demeurant, à la jurisprudence de la Cour de

---

(25) Voy. art. 482 C.I. cr.

(26) Cass., 5 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 365 ; Cass., 1<sup>er</sup> avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 108.

(27) Cass., 21 juin 1995, *Pas.*, 1995, p. 672 ; *J.T.*, 1996, p. 26 ; voy. aussi sur la conformité de cette procédure à l'art. 6 CEDH, Cass., 17 octobre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1649.

cassation qui décide qu'au terme de l'instruction, le dossier ne devait pas revenir devant elle (28).

Cette absence d'intervention, à l'issue de l'instruction requise par la Cour de cassation, d'un organe juridictionnel qui procède, dans le cadre d'une procédure contradictoire, au règlement de la procédure et examine ce faisant si les charges sont suffisantes et si la procédure est régulière, est considérée par la Cour constitutionnelle comme une atteinte disproportionnée aux droits des magistrats des cours d'appel concernées et de leurs coauteurs et complices.

La conclusion de la Cour constitutionnelle est implacable : au terme de l'instruction requise par la Cour de cassation, l'affaire doit être renvoyée à cette Cour, dont la compétence est, dans cette procédure, comparable à celle d'une juridiction d'instruction qui examine s'il y a lieu à renvoi et si la procédure est régulière.

À la suite de l'intervention de la Cour constitutionnelle, le magistrat de la cour d'appel poursuivi ainsi que ses coauteurs et complices se voient garantir, en fin d'instruction, l'intervention d'un juge devant lequel il pourra soulever d'éventuelles objections, nullités ou irrégularités et demander, le cas échéant, à la Cour de cassation de requérir des actes d'instruction complémentaires.

Sur question préjudicielle posée par la cour d'appel de Liège concernant cette fois un magistrat d'instance, la Cour constitutionnelle a dû relever que les articles 479 et 480 du Code d'instruction criminelle ne prévoyaient pas l'intervention d'une juridiction d'instruction afin de régler la procédure au terme de l'instruction dirigée contre ces magistrats. En outre, la Cour dut constater qu'aucune juridiction d'instruction n'était compétente pour contrôler, au cours de l'instruction, la régularité de la procédure et pour statuer en tant qu'instance de recours sur les décisions du magistrat désigné en tant que juge d'instruction par le premier président de la cour d'appel (29).

Cette absence d'intervention d'une juridiction d'instruction, lors d'une instruction menée à l'égard d'un juge de première instance, tant lors du règlement de la procédure, qu'en cours d'instruction, a été jugée par la Cour constitutionnelle comme incompatible avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

(28) Cass., 24 août 1998, *Bull.*, 1998, p. 870 ; Cass., 17 janvier 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 449, et concl. I<sup>er</sup> av. J.-F. LECLERCQ.

(29) Voy., à ce propos, jurispr. de la Cour de cassation : Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 608 ; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 611.

La Cour constitutionnelle poursuit en soulignant que dans l'attente de l'intervention du législateur, il y aura lieu pour mettre un terme à la lacune de faire application des règles de droit commun de la procédure pénale (30).

Nous ne voudrions clôturer ce point sans saluer cette extension de garanties dont pourront se prévaloir à l'avenir tous les magistrats qui font l'objet d'une instruction qui rencontre assurément à la notion que l'on peut se faire du procès équitable.

#### D. Le mandat d'arrêt européen

L'article 11, paragraphe 5, de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen dispose que le juge d'instruction peut, en lieu et place de décerner un mandat d'arrêt, décider une libération moyennant le payement d'une caution dont il fixe le montant. Le texte prévoit encore que le cautionnement est attribué à l'État dès que la personne concernée, sans motif légitime d'excuse, a quitté le territoire belge sans en informer les autorités judiciaires belges ou s'est soustraite à l'exécution du mandat d'arrêt européen.

Contrairement à ce qui est prévu par la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (31), dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, la loi du 19 décembre 2003 n'énonce pas la possibilité de recours contre la décision relative à l'attribution du cautionnement à l'État.

Par un arrêt du 30 novembre 2017 (32), la Cour constitutionnelle a estimé que cette distinction n'était pas raisonnablement justifiée. Il en résulte que la décision attribuant le cautionnement à l'État dans le cadre de la loi sur le mandat d'arrêt européen doit pouvoir faire l'objet d'un recours. La Cour ajoute que, dès l'instant où le constat de l'existence d'une lacune est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à la violation de ces normes.

(30) C. const., 1<sup>er</sup> février 2018, n° 9/2018 ; voy. aussi C. const., 22 mars 2018, n° 35/2018, *J.T.*, 2018, p. 393 et obs. d'O. MICHELS, « Connexité et règlement de la procédure dans les hypothèses de privilège de juridiction ».

(31) Voy. art. 37 de la loi 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

(32) C. const., 30 novembre 2017, n° 140/2017.

L'on ne manquera pas de remarquer que le constat d'une lacune législative intrinsèque s'avère être un moyen d'action efficace dont dispose la Cour constitutionnelle pour mettre fin à une violation de la Constitution (33).

### E. Synthèse

Dans les arrêts que nous venons d'exposer, nous avons mis en lumière que la Cour constitutionnelle stigmatise l'absence de recours contre des décisions qui sont susceptibles de léser les droits d'un justiciable. Selon les enseignements qui se dégagent de ces arrêts, il convient que le justiciable dispose d'une possibilité claire et concrète de contester un acte qui constitue une ingérence dans ses droits (34). Cette possibilité ne résidera pas nécessairement dans l'organisation d'un recours contre la décision contestée, mais pourra se matérialiser, comme tel est le cas dans l'hypothèse où une personne se prétend victime d'une infraction commise par un magistrat, par l'ouverture d'une procédure distincte devant le juge civil.

## II. LES MODALITÉS D'EXERCICE DU RECOURS

La question du droit d'accès au juge est, sous certains aspects, intimement liée à celle du formalisme procédural. En effet, à notre estime, par l'examen des règles de forme, la Cour constitutionnelle vise à garantir la substance du droit protégé et l'équité du procès.

Nous retiendrons quatre exemples pour illustrer ce propos. Le premier portera sur la recevabilité de l'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi. Le deuxième envisagera le pourvoi en cassation contre les décisions de la chambre de protection sociale du tribunal de l'application des peines. Le troisième s'attachera au recours contre la décision de classement sans suite du procureur fédéral dans les dossiers de violations graves du droit international humanitaire. Le quatrième distinguera les voies de recours de l'opposition et de l'appel envisagées par la loi pot-pourri II.

(33) O. MICHELIS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 536-537 ; G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, dessinés par le juge constitutionnel belge. L'héritage de l'arrêt Marckx dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux », in *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver la légalité*, Conférence libre du Jeune barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2016, pp. 89-93.

(34) Voy. à ce propos Cour eur. D.H., 4 décembre 1995, *Bellet c. France*.

### A. La recevabilité de l'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi

L'article 135, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle prévoit qu'en cas d'irrégularités, d'omissions ou de cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve ou relatives à l'ordonnance de renvoi, l'inculpé peut interjeter appel de cette dernière. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique. Le texte précise encore qu'en cas d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité, l'appel n'est recevable que si le moyen a été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil. La même règle s'impose pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, sauf lorsque ces causes sont acquises postérieurement aux débats de la chambre du conseil.

La recevabilité de l'appel de l'inculpé est, dès lors, conditionnée au dépôt par celui-ci de conclusions écrites. Cette exigence distingue son appel de celui, inconditionnel, de la partie publique. La Cour constitutionnelle n'a pas manqué d'être interrogée sur cette différence procédurale (35).

À titre liminaire et sans surprise, la Cour va rappeler qu'il existe entre le ministère public et l'inculpé une différence fondamentale qui repose sur le rôle imparti à chacun au cours de la procédure. Elle ajoute que les conditions de recevabilité d'un recours peuvent varier selon la personne qui l'exerce à la condition que cette différence de traitement soit objectivement et raisonnablement justifiée (36).

À ce sujet, la Cour se montre particulièrement attentive au respect du principe d'égalité des armes qui implique l'obligation d'offrir à chaque partie la possibilité de faire valoir ses arguments dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière manifeste par rapport à la partie adverse (37).

Dans le cas d'espèce, la Cour, tout se référant aux travaux préparatoires (38), constate que la condition en vertu de laquelle le moyen

(35) C.A., 8 mai 2001, n° 58/2001; C.A., 9 janvier 2002, n° 5/2002.

(36) C. const., 9 novembre 2017, n° 130/2017, pt B. 11.

(37) Voy, not., sur l'égalité des armes, Cass., 23 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 61 ; *R.W.*, 1998-1999, p. 1309 ; *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 393 ; *R.W.*, 1998-1999, p. 1309 ; Cass., 21 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 658 ; Cass., 21 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2005, p. 276 ; *Pas.*, 2001, p. 1457 ; Cour eur. D.H., 27 avril 2000, *Kucipila c. Finlande* ; Cour eur. D.H., 19 octobre 2000, *Wolch c. Pologne* ; Cour eur. D.H., 13 mai 2008, *Van Ingen c. Belgique*, *T. Strafr.*, 2008, p. 333 ; C. const., 18 janvier 2018, n° 2/2018, pt B.7.

(38) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1996-1997, n° 857/1, p. 64.

doit avoir été invoqué devant la chambre du conseil pour qu'il puisse être interjeté appel de manière recevable contre l'ordonnance de renvoi a été instaurée afin d'éviter que des arguments ne soient soulevés inconsidérément devant cette juridiction. Le fait d'exiger que le moyen soit formalisé par conclusions écrites vise à éviter les problèmes de preuve concernant la recevabilité de l'appel. La Cour en conclut que cette préoccupation justifie raisonnablement la mesure en cause. Elle n'impose pas à l'inculpé une obligation disproportionnée puisqu'il sait, à l'avance, qu'il doit déposer des conclusions écrites s'il veut se réserver la faculté d'interjeter appel de l'ordonnance de la chambre du conseil.

Dans un arrêt prononcé le 9 novembre 2017 (39), la Cour constitutionnelle a rappelé cet enseignement et elle a ajouté que la partie publique est en droit d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi qui n'est pas conforme à ses réquisitions, quand bien même en appel elle sollicite, à la suite de l'appel du prévenu et à la différence de la position défendue en chambre du conseil, la confirmation de ce renvoi. La Cour observe que la nature des intérêts défendus par la partie publique et le fait que les magistrats du parquet exercent leurs missions sous l'autorité du procureur général près la cour d'appel, tout en jouissant d'une indépendance que leur garantit l'article 151, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution, implique que la position adoptée par un des membres du ministère public ne peut s'imposer à tous les autres membres ce qui aurait pour résultat d'empêcher, le procureur général d'exercer la fonction de direction que lui confie le Code judiciaire.

Il peut être conclu que la différence objective entre la situation du ministère public et celle des autres parties à un procès pénal qui existe durant toute l'action publique justifie que la partie publique, sous la réserve de l'application du principe de l'égalité des armes, bénéficie d'un traitement différencié par rapport aux autres parties au procès.

### **B. Le pourvoi en cassation contre les décisions de la chambre de protection sociale du tribunal de l'application des peines**

La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement prévoyait en son article 79 que « Le ministère public et le conseil de la personne inter-née, le cas échéant le condamné, se pourvoient en cassation dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification du jugement ».

---

(39) C. const., 9 novembre 2017, n° 130/2017.

La brièveté de ce délai fut dénoncée devant la Cour constitutionnelle lors d'un recours en annulation dirigé contre la loi.

Pour trancher ce point, la Cour note que le seul recours prévu en matière d'internement est un recours en cassation. L'interné doit obligatoirement être assisté par un avocat dès lors que ce dernier doit signer la requête qui est déposée au greffe du tribunal de l'application des peines.

Pour la Cour constitutionnelle, la mesure attaquée ne concorde pas, dans le cas d'espèce, avec la volonté du législateur et, en outre, ne tient pas compte de ce qu'un délai de quarante-huit heures est extrêmement bref, en raison du fait que l'interné ne réside pas toujours dans un établissement proche du greffe du tribunal de l'application des peines ou des difficultés de communication que l'avocat de l'interné peut rencontrer.

La Cour estime encore que la fixation de tels délais ne tient pas compte « des garanties spéciales de procédure [qui] peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte ».

La disposition critiquée a dès lors été annulée par la Cour (40).

C'est la loi pot-pourri V qui s'est attachée à modifier, dans le sens suggéré par la Cour constitutionnelle, l'article 79 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement en retenant que le délai de pourvoi est de cinq jours ouvrables à compter de la notification du jugement (41). Le délai de pourvoi imparti à l'interné ou à son conseil a été aligné sur le délai applicable au condamné contre les décisions prises par le tribunal de l'application des peines (42). Le législateur a estimé que ce délai offrait « un bon équilibre pour pouvoir décider de manière réfléchie de se pourvoir ou non en cassation, d'une part, et pour ne pas reporter trop longtemps l'exécution de la modalité de l'exécution, d'autre part » (43). Il est clair que la loi s'est inspirée des enseignements de la Cour constitutionnelle qui rappelait qu'il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de déterminer quels recours doivent être ouverts

(40) C. const., 18 février 2016, n° 22/2016, qui cite Cour eur. D.H., 24 octobre 1979, *Wintwerp c. Pays-Bas*.

(41) Art. 224 de la loi du 4 mai 2016, qui ne contient aucune disposition transitoire et qui a été publiée le 13 mai 2016 ; voy. déjà C. const., 6 novembre 2008, n° 154/2008.

(42) Voy. art. 97 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 peine.

(43) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 145.

contre les décisions des chambres de protection sociale. À cette occasion, le législateur a entendu unifier les délais de recours afin d'éviter l'insécurité juridique qui naît de la coexistence de délais différents dans des procédures comparables (44).

### **C. Le recours contre la décision de classement sans suite du procureur fédéral dans les dossiers de violations graves du droit international humanitaire**

La Cour constitutionnelle avait estimé que l'absence de recours contre la décision de classement sans suite prise par le parquet fédéral en matière de droit international humanitaire n'était pas raisonnablement justifiée (45). Le législateur se conforma à cette jurisprudence en organisant un contrôle de cette décision devant la chambre des mises en accusation (46).

Les modalités pratiques de ce contrôle furent, à leur tour, critiquées devant la Cour constitutionnelle (47). En effet, concrètement le procureur fédéral requiert en l'absence de la partie préjudiciée. À ce propos, la Cour va estimer que l'impossibilité pour la personne qui a déposé plainte d'être entendue par la chambre des mises en accusation serait disproportionnée si elle avait pour conséquence que celle-ci statue sans avoir connaissance des arguments invoqués et des pièces éventuellement déposées par la partie plaignante. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la chambre des mises en accusation dispose de la totalité du dossier et pourra donc vérifier si les réquisitions de ne pas poursuivre sont justifiées au regard des éléments de celui-ci. La Cour ajoute que, s'il est vrai que le débat oral qui a lieu devant la chambre des mises en accusation n'est pas contradictoire, cette dérogation aux règles habituelles de la procédure pénale est justifiée, notamment au regard des risques de nuire gravement aux relations internationales de la Belgique, voire de mettre en péril la sécurité de citoyens belges à l'étranger.

La partie requérante considérait encore que le législateur pouvait atteindre l'objectif recherché en prévoyant une audition des victimes à huis clos, assortie le cas échéant d'une interdiction pénale de trahir ce huis clos. La Cour répondit qu'en raison du risque d'utilisation abusive

(44) C. const., 18 février 2016, n° 22/2016, pt B. 40.1.

(45) C.A., 23 mars 2005, n° 62/2005.

(46) Voy. art. 10 Tit. prélim. C. proc. pén.

(47) C. const., 21 février 2008, n° 21/2008.

de la procédure organisée par la loi du 5 août 2003, le législateur a pu estimer que les effets néfastes de tels abus ne seraient pas adéquatement évités par la procédure proposée par la partie requérante (48).

L'on ne manquera pas d'observer qu'*in casu*, la Cour peut faire preuve d'un certain pragmatisme dans le but d'assurer une véritable praticabilité à la procédure pénale pour autant toutefois que cela ne soit pas au détriment du respect des droits fondamentaux.

#### D. L'opposition et l'appel depuis la loi pot-pourri II

La loi pot-pourri II a modifié de manière substantielle les règles procédurales qui encadrent, d'une part, l'opposition en élargissant les hypothèses dans lesquelles le juge pourra déclarer ce recours non venu et, d'autre part, l'appel en exigeant que celui-ci soit motivé.

Cette loi a fait l'objet d'un recours en annulation et la Cour constitutionnelle a, par un arrêt du 21 décembre 2017 (49), rejeté les critiques portant sur la restriction de la possibilité de faire opposition et sur l'impossibilité d'étendre l'appel au-delà des limites fixées par les parties.

### 1. L'opposition

En matière d'opposition (50), nous rappellerons brièvement que l'article 187, paragraphe 6, du Code d'instruction criminelle considère que celle-ci doit être déclarée non avenue dans deux cas (51). Premièrement, si l'opposant, qui a eu connaissance de la citation ou de la convocation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne peut invoquer un cas de force majeure ou une cause d'excuse justifiant sa non-comparution. Deuxièmement, si l'opposant réitère son défaut sur son opposition, et ce, quels que soient les motifs des défauts successifs, et même si l'opposition a déjà été reçue.

(48) O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 345-346.

(49) C. const., 21 décembre 2017, n° 148/2017.

(50) O. MICHIELS, « L'opposition en procédure pénale belge depuis la loi Pot-Pourri II », consultable sur le site Orbi de l'ULg, hdl.handle.net/2268/221002.

(51) N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, « La phase de jugement et les voies de recours : éléments neufs », *op. cit.*, pp. 164-165 ; D. VANDERMEERSCH, « Les voies de recours après la loi pot-pourri II », in *La loi pot-pourri II, un an après*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 245-248.

L'excuse légitime et la reconnaissance d'un cas de force majeure restent soumises à l'appréciation souveraine du juge du fond. Il appartient, le cas échéant, 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.

La force majeure est une notion exigeante qui suppose qu'il soit démontré que le défaut est imputable à un événement imprévisible et insurmontable. Elle n'est guère nouvelle et la jurisprudence (52) en a cerné la portée. Il n'en est pas de même pour l'excuse légitime.

Celle-ci a été définie restrictivement par la Cour de cassation (53) comme toute circonstance invoquée pour expliquer l'absence du défendeur pour laquelle on peut faire preuve de compréhension sans que l'on puisse cependant lui reprocher une faute ou une négligence.

La Cour constitutionnelle, quant à elle, en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi, retient que la notion « d'excuse légitime » doit être interprétée en tant qu'elle couvre des cas qui ne peuvent être assimilés à des hypothèses 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.

L'on perçoit que la définition apportée par la Cour constitutionnelle à la notion d'excuse légitime veille à laisser au juge une certaine marge d'appréciation et qu'elle s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui rappelle qu'un déni de justice est constitué lorsqu'un individu condamné *in absentia* ne peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue de nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, alors qu'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 (54).

---

(52) Voy., p. ex., Cass., 12 février 2013, *Pas.*, 2013, n° 98 ; Cass., 12 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 33 ; Cass., 8 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 248 ; Cass., 3 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 292 ; Cass., 29 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 472 ; Cass., 27 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 285.

(53) Cass., 25 avril 2017, n° P.17.0066N ; D. VANDERMEERSCH, « Les voies de recours après la loi pot-pourri II », *op. cit.*, p. 246 ; sur une application concrète de cette notion voy. Corr. Liège, 1<sup>er</sup> septembre 2016, *JLMB*, 2017, p. 640.

(54) Cour eur. D.H., 12 février 1985, *Colozza c. Italie* ; Cour eur. D.H., 13 février 2001, *Krombach c. France* ; Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> mars 2006, *Sejdovic c. Italie* ; Cour eur. D.H., 24 mai 2007, *Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 29 juin 2010, *Hakimi c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> mars 2011, *Faniel c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 2 octobre 2012, *Singh et autres c. Belgique*.

La Cour constitutionnelle estime encore que les nouvelles modalités procédurales qui encadrent l'opposition et qui se rapprochent de la procédure en réhabilitation (55) ne contreviennent pas à l'article 13 de la Constitution, qui implique un droit d'accès au juge compétent. En effet, la Cour insiste sur le fait qu'il appartient au législateur de décourager les abstentions injustifiées, sans toutefois qu'il ne soit porté atteinte aux droits du prévenu de comparaître, avec, s'il échet, l'assistance d'un conseil, s'il est démontré qu'il voulait faire entendre sa défense et qu'il n'a pas entendu se dérober à l'exercice de l'action publique.

Pour la Cour, les conditions cumulatives (56) qui encadrent les hypothèses dans lesquelles le juge peut déclarer l'opposition non avenue – à savoir, d'une part, la preuve, qui doit être rapportée avec certitude par la partie publique ou la partie civile, de la prise de connaissance par l'opposant de la citation et, d'autre part, le fait que le prévenu démontre à suffisance l'existence d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime, sans qu'il ne soit tenu d'en apporter la preuve – ne heurtent pas le droit d'accès à un tribunal.

En ce qui concerne le défaut réitéré qui conduira également le juge à déclarer l'opposition non avenue, la Cour constitutionnelle convient qu'il peut être justifié qu'une absence soit appréciée plus sévèrement à l'égard d'une partie qui a déjà fait défaut et qui, par son opposition, a pris l'initiative de provoquer un débat contradictoire. Cependant, la Cour constitutionnelle retient que 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 (57).

(55) Voy. art. 630 C.I. cr.

(56) Voy. aussi Cass., 14 décembre 2016, R.G. n° P.16.1155.F.

(57) La Cour, dans cet arrêt du 21 décembre 2017, n° 148/2017, cite *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 81, et Doc. 54-1418/005, pp. 110-111 ; voy. aussi R. VERSTRAETEN, A. BAILLEUX, J. HUYSMANS et S. DE HERT, « Stevige verbouwingen in het strafprocesrecht: de procedure met voorafgaande erkenning van schuld, de invoering van conclusie termijnen in strafzaken en een vernieuwd stelsel van rechtsmiddelen », in *Themis 97, Straf-en strafprocesrecht* (R. VERSTRAETEN ed.), Bruges, die Keure, 2015-2016, p. 182 ; cf. C. const., 30 novembre 2017, n° 139/2017 relatif à l'art. 1051 C. jud., qui retient que « Le juge tient compte de faits qui feraient apparaître qu'une partie appelante était dans l'impossibilité, en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, de prendre connaissance à temps d'un jugement de première instance pour lui permettre, le cas échéant, de former appel contre celui-ci dans le délai d'appel. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, en vertu de l'effet libératoire de la force majeure, un délai imparti par la loi pour l'accomplissement d'un acte est prorogé en faveur de la partie qu'un cas de force majeure a mise dans l'impossibilité d'accomplir cet acte pendant tout ou partie de ce délai. Celui-ci étant suspendu pendant que la force majeure existe, il recommence à courir lorsque la force majeure cesse d'exister (Cass., 13 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 36) » ( pt B.9 de l'arrêt ).

## 2. L'appel

Pour l'appel, la Cour constitutionnelle va faire œuvre didactique en énonçant la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la notion de griefs qui rappelle que celle-ci ne se confond pas avec la notion de « moyen ». Les deux hautes juridictions, dans un dialogue de juges par fait, s'entendent pour retenir que le grief ne nécessite pas, au regard de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, 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 » (58), mais uniquement les parties du jugement que l'appelant entend voir réformer. Dans une telle interprétation, l'appel sur griefs reçoit l'aval de la Cour constitutionnelle, qui ajoute que, dans la limite de la saisine de la juridiction d'appel, l'appelant peut soulever devant celle-ci tous les moyens qu'il juge appropriés pour obtenir la réformation de la décision rendue en première instance (59).

Le nouveau formulaire d'appel, prévu par l'arrêté royal du 23 novembre 2017 (60), qui est plus exigeant en matière de motivation nous paraît aller au-delà des impératifs fixés par l'article 204 du Code d'instruction criminelle, tel qu'il est interprété conjointement par la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, et une application exagérément formaliste de celui-ci porterait atteinte au droit d'accès à un tribunal.

## E. Synthèse

Il est intéressant de relever que, dans les quelques arrêts répertoriés, qui n'ont pas nécessairement conduit à une invalidation par la Cour constitutionnelle, celle-ci, par l'examen des règles de forme, renforce le contrôle qu'elle porte sur le droit d'accès au juge (61).

(58) Voy. Cass., 28 juin 2017, n° P. 17.0176.F ; Cass., 27 septembre 2017, n° P.17.0257.F.

(59) Cf. Cass., 19 avril 2017, n° P.17.0055.F/4, sur la limitation de la saisine du juge.

(60) Publié au *M.B.*, 1<sup>er</sup> décembre 2017.

(61) Voy. encore C.A., 9 janvier 2002, n° 9/2002, qui cite Cour eur. D.H., 19 décembre 1997, *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne* ; Cour eur. D.H., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavalliles c. Espagne* ; C. const., 16 janvier 2014, n° 1/2014 ; *JLMB*, 2014, p. 1927 ; dans cet arrêt portant sur l'effectivité d'un recours en droit des étrangers, la Cour constitutionnelle, faisant sienne la jurisprudence de la Cour eur. D.H., observe que « les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique ; c'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérente à l'ensemble des articles de la Convention » ( Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Conka c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 26 avril 2007,

L'on peut, dès lors, s'interroger sur la distinction entre les règles de fond – entendues comme le droit garanti ou protégé – et de forme – entendues comme les règles techniques de procédure – et sur les conséquences d'une telle distinction. Comme l'écrivent Jacques Van Compernelle et Georges de Leval, « La tendance moderne du droit procédural est de raisonner le formalisme de manière plus fonctionnelle que formelle, sur la base des critères de la proportionnalité, de l'utilité, de la finalité de l'acte et de la lisibilité du message. Une conception téléologique et finaliste doit présider tant à l'édiction qu'à la fonction du formalisme procédural. Chaque règle technique, chaque règle de forme doit être rattachée à un principe fondamental de protection des droits de la défense et d'efficacité de la justice. À défaut, on doit s'interroger sur le maintien de la règle ». Si ces réflexions portent sur la procédure civile, elles peuvent, *mutatis mutandis*, être transposées en procédure pénale. Pour citer, de nouveau, ces auteurs, il paraît de bon aloi de « condamner fermement l'atteinte qu'un formalisme excessif peut porter aux garanties du procès équitable et spécialement au droit d'accès au tribunal » (62). Plus particulièrement, les règles relatives aux formalités et délais fixés pour former un recours visent, pour la Cour constitutionnelle, à assurer une bonne administration de la justice et à écarter les risques d'insécurité juridique. Ce constat doit toutefois être nuancé par le fait que ces mêmes règles ne peuvent empêcher les justiciables de se prévaloir des voies de recours disponibles (63).

Par ailleurs, l'effectivité d'un droit est souvent dépendante de la protection procédurale qui l'encadre. Nous pouvons affirmer que la Cour constitutionnelle y prête une attention toute particulière. En effet, en tenant compte des règles de procédure qui encadrent le droit protégé,

*Gobernadora c. France*). Elle a également précisé que « l'effectivité des recours commande des exigences de disponibilité et d'accessibilité des recours en droit comme en pratique ( Cour eur. D.H., 2 octobre 2012, *Singh et autres c. Belgique* ) » ; C. const., 6 novembre 2014, n° 163/2014, qui rappelle que « le droit de former opposition à un jugement par défaut peut certes se prêter à des exigences procédurales en ce qui concerne l'utilisation de voies de recours, mais ces exigences ne peuvent empêcher le prévenu de faire usage des voies de recours disponibles ( Cour eur. D.H., 24 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, §§ 44-45 ; 24 mai 2007, *Da Luz Domingos Ferreira c. Belgique*, § 57 ; 1<sup>er</sup> mars 2011, *Faniel c. Belgique*, § 26). Les règles relatives aux délais à respecter pour former un recours visent à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique ( Cour eur. D.H., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, § 45) ».

(62) J. VAN COMPERNELLE et G. DE LEVAL, « Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil », *J.T.*, 2012, p. 509 ; voy. aussi *id.*, obs. sous Civ. Liege, 2 septembre 2014, « L'information du justiciable en ce qui concerne l'exercice des recours : une exigence législative », *J.L.M.B.*, 2015, pp. 126-129.

(63) C. const., 18 janvier 2018, n° 2/2018, pt B. 5.2.

elle renforce par cette lecture processuelle et fonctionnelle, les effets utiles des droits du justiciable (64).

### III. LA LIMITE DES POUVOIRS DU JUGE

Le législateur peut restreindre le contrôle qu'il appartient aux juges de réaliser. À nouveau, dans de telles situations, la Cour constitutionnelle devient l'interlocuteur privilégié du juge *a quo*. Trois arrêts retiendront notre attention. Ils porteront successivement sur la transaction pénale élargie, les visites domiciliaires en matière de douanes et accises et l'individualisation de la peine face au choix de sévérité imposée par le législateur.

#### A. La transaction pénale élargie

La transaction consiste en l'extinction de l'action publique par l'effet du paiement d'une certaine somme d'argent au profit de l'État. Depuis les modifications successives apportées ces dernières années à l'article 216bis du Code d'instruction criminelle, la transaction peut être proposée au contrevenant alors qu'un juge d'instruction, une juridiction d'instruction ou un juge du fond est saisi, pour autant, dans cette dernière hypothèse, qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu sur l'action publique (65).

Le constat que la partie publique puisse d'initiative dessaisir un juge d'instruction, une juridiction d'instruction ou un juge du fond bouscule tous les équilibres qui sous-tendent le procès pénal. En contrepartie de ce pouvoir d'envergure accordé au ministère public, l'on aurait pu croire que le législateur encadre ce nouveau mode « amiable » de

(64) E. DUBOUT, « Le procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 398, qui cite F. STURDE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, pp. 362-384.

(65) Voy. à ce propos, T. DECAIGNY, P. DE HERT et L. VAN GRASSE, « De minnelijke schikking na de wetten van 14 april en 11 juli 2011: verruiming van de buitengerechtelijke afhandeling en fundamentele hervorming », *R.W.*, 2011-2012, pp. 556-557. Pour des comm. de ces lois, voy., not., M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 105 et s. ; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 8<sup>e</sup> éd., Bruges, la Chartre, 2017, pp. 246 et s. ; E. DE FORMANOIR, « L'extension de la transaction pénale par les lois des 14 avril et 11 juillet 2011 », *Rev. dr. pén.*, 2012, pp. 245 et s. ; A. JACOBS, « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *Rev. int. dr. pén.*, 2012, pp. 43-88 ; A. LEMAIRE et M. HIRSCH, « La transaction pénale élargie : qui gagne ? », in *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 189-210.

règlement de l'action publique par un contrôle juridictionnel digne de ce nom ; il fut pourtant construit de manière sommaire. En effet, si la transaction est proposée en cours d'instruction, le procureur du Roi se fait communiquer le dossier par le juge d'instruction qui a simplement la possibilité de lui donner un avis – non contraignant – sur l'état d'avancement du dossier ; il ne dispose d'aucun droit de *veto*. Si l'affaire est pendante devant une juridiction d'instruction ou de fond, celle-ci est officiellement avertie de l'exécution de la transaction ; il lui appartient alors de vérifier, avant de constater l'extinction de l'action publique, si les conditions légales de la transaction sont réunies et si elles ont bien été respectées. Le contrôle du juge est purement formel. Il ne peut se prononcer ni sur l'opportunité ni sur les modalités de la transaction. En somme, le parquet ou l'auditorat disposait de la faculté de court-circuiter une instruction ou une procédure au fond (66).

Les limites de ce contrôle juridictionnel firent l'objet d'une question préjudicielle soumise à la sagacité de la Cour constitutionnelle (67).

Avant d'aborder la question du contrôle juridictionnel de l'accord transactionnel, la Cour constitutionnelle approuva, sans réserve, la possibilité pour la partie poursuivante d'opter pour la voie de la transaction pénale dans certains cas individuels.

Ce choix doit toutefois faire l'objet d'un contrôle par le juge. En effet, pour la Cour constitutionnelle, il est porté atteinte au droit au procès équitable si une transaction pénale est proposée en cours d'instruction sans qu'il n'existe un contrôle juridictionnel effectif sur cette proposition de transaction, contrôle qui par définition ne pourrait intervenir que lors du règlement de la procédure par les juridictions d'instruction. La Cour insiste : un tel contrôle ne peut être considéré comme effectif que si la décision relative à la transaction est motivée.

La Cour constitutionnelle poursuit en jugeant cette fois l'étendue du contrôle juridictionnel (68). Nous terminons de le dire, il fut prévu que ce contrôle se limiterait aux conditions d'application formelles de

(66) O. MICHELS, « La transaction pénale élargie face au contrôle de la Cour constitutionnelle », obs. sous C. const., 2 juin 2016, *JLMB*, 2016, p. 1847 ; voy. encore M. FERNANDEZ-BERTIER et N. VAN DER EECKEN, « La transaction pénale élargie déclarée inconstitutionnelle : vers une motivation de la transaction et un contrôle juridictionnel suffisant et effectif », *Dr. pén. entr.*, 2016, pp. 213-223.

(67) C. const., 2 juin 2016, n° 83/2016.

(68) M. FERNANDEZ-BERTIER M. GIACOMETTI et N. VAN DER EECKEN, « La transaction pénale et la reconnaissance préalable de culpabilité comme modes alternatifs de règlement des conflits pénaux : l'heure des comptes à sonné », in *La loi pot-pourri II, un an après*, Bruxelles, *Larcier*, 2017, p. 182.

la transaction (69). Cette limitation du contrôle du juge – qui se réduit à la vérification des conditions d'application formelles de la transaction, à l'acceptation et l'exécution de cette transaction par l'auteur et au dédommagement de la victime et, s'il échet, de l'administration fiscale ou sociale – est sanctionnée par la Cour constitutionnelle.

Les principes en cause sont d'une telle importance dans la détermination de l'équité de la procédure que les choix réalisés par le législateur de dessaisir un juge d'instruction, sans autre forme de contrôle, ou de circonscrire le rôle des juridictions de fond à celui d'une autorité qui vérifie formellement les conditions de la transaction ne sont pas validés par la Cour constitutionnelle.

Les conséquences de cet arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 2 juin 2016 furent immédiates ; le ministère public décida de ne plus proposer de transactions pénales élargies dans l'attente de l'intervention du législateur. À l'heure d'écrire ces lignes, une modification de l'article 216*bis*, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle est intervenue et elle intègre les enseignements de la Cour constitutionnelle (70).

## B. Les visites domiciliaires en matière de douanes et accises

L'article 197 de la loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977 permet qu'une visite domiciliaire dans des bâtiments ou enclos de particuliers puisse être effectuée moyennant l'autorisation du juge de police.

Plusieurs critiques furent dirigées contre cette disposition légale et elles portaient notamment sur les conditions, le contrôle et la motivation de l'autorisation d'accéder à des locaux habités accordée par le juge de police (71).

Pour faire bref, la Cour constitutionnelle rappellera que le juge pénal doit pouvoir exercer un contrôle juridictionnel sur la légalité de l'autorisation de la visite domiciliaire accordée par le juge de police, qu'il s'impose que les pièces qui ont justifié cette autorisation soient, en principe, soumises à la contradiction et que l'autorisation critiquée soit motivée.

(69) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-2011, n° 53-1344/003, p. 4.

(70) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2753/001, pp. 27-53 et 199-207, loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire ; Coll. 8/2018, du 24 mai 2018.

(71) C.A., 25 janvier 2001, n° 4/2001 ; C.A., 8 mai 2002, n° 86/2002 ; C. const., 6 novembre 2008, n° 154/2008 ; C. const., 27 janvier 2011, n° 10/2011.

Il faut d'emblée remarquer que la Cour constitutionnelle veille à garantir aux justiciables un recours effectif contre une décision de visite domiciliaire qui pourrait être affectée par une irrégularité. Par-tant, en s'appuyant sur les standards dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle considère que le contrôle juridictionnel opéré par le magistrat de police qui se trouve incorporé dans le processus décisionnel lui-même ne suffit pas pour être considéré comme conforme à l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme, puisqu'à ce stade de la procédure, l'intéressé ne peut se faire entendre. Il ne peut, de la sorte, être question de limiter les pouvoirs du juge répressif qui serait amené à examiner la légalité d'une telle autorisation.

Il n'en reste pas moins qu'une question fondamentale se pose. Le juge de police est-il, à l'instar d'un juge d'instruction, parfaitement outillé pour procéder à un contrôle effectif des demandes qui lui seront soumises par l'administration des douanes et accises ? Ceci revient à s'interroger sur les raisons qui justifient que la Cour constitutionnelle avalise des procédures d'exception qui, si elles s'avèrent plus rapides, s'accroissent, peu ou prou, avec le respect de certains droits fondamentaux. Certes, la Cour constitutionnelle balise ces procédures, mais l'écart entre la théorie et la pratique pourrait être réel si, *in concreto*, les garanties accordées aux justiciables ne s'avéraient que formelles.

### C. L'individualisation de la peine face au choix de la sévérité opéré par le législateur

Il revient au législateur d'apprécier s'il est souhaitable, pour réprimer certaines infractions, de contraindre le juge à la sévérité. Cette sévérité peut notamment se concrétiser par une restriction du pouvoir d'appréciation du juge qui se verra notamment interdire d'infliger une peine inférieure au minimum légal ou d'accorder des mesures de sursis et de suspension du prononcé (72).

*A priori*, la Cour constitutionnelle n'entend pas censurer le droit appartenant au législateur (73) de déterminer lui-même la politique

---

(72) Voy. C. const., 30 octobre 2008, n° 140/2008 ; C.A., 18 janvier 2006, n° 8/2006 ; C.A., 28 mars 2002, n° 60/2002 ; C.A., 20 février 2002, n° 38/2002 ; C.A., 6 avril 2000, n° 41/2000 ; C.A., 29 mars 2000, n° 23/2000 ; voy. aussi, en matière d'amendes administratives, C.A., 14 juillet 1997, n° 40/1997 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 45/1997.

(73) C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006.

répressive et d'exclure ainsi le pouvoir d'appréciation du juge sur la peine principale et sur la peine accessoire (74).

La Cour observe cependant que le choix de la sévérité ne peut être manifestement déraisonnable (75) et ne doit pas avoir pour effet de priver une catégorie de prévenus du droit à un procès équitable devant une juridiction indépendante et impartiale, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (76). De même, selon la Cour, si le législateur estime devoir permettre à l'administration de moduler l'importance de la sanction qu'elle inflige, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge (77).

Rappelons encore que la Cour constitutionnelle précise que, lorsque le législateur estime que certains manquements à des obligations légales doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives. Le choix de l'une ou l'autre catégorie de sanctions ne peut être considéré comme établissant, en soi, une discrimination (78).

#### D. Synthèse

Si, en règle, la Cour constitutionnelle ne se prononce pas sur le caractère approprié ou non du choix opéré par le législateur, elle veille néanmoins à examiner si celui-ci ne porte pas atteinte de manière déraisonnable aux droits d'une catégorie de citoyens et notamment au droit à un procès équitable devant une juridiction indépendante et impartiale (79).

---

(74) Par ex., pour un arrêt récent C. const., 9 février 2017, n° 12/2017 sur la confiscation obligatoire de la chose qui a servi à commettre l'infraction.

(75) Voy., à ce propos les arrêts prononcés en matière de douanes et accises, C.A., 8 novembre 2006, n° 165/2006 ; C.A., 13 décembre 2006, n° 199/2006 ; C.A., 7 juin 2007, n° 81/2007 ; C.A., 11 janvier 2007, n° 8/2007 ; voy. encore C.A., 15 juillet 1998, n° 1998/87, sur l'interdiction de commercialité.

(76) C.A., 24 novembre 2004, n° 190/2004, pt B11.

(77) C. const., 15 mai 2008, n° 79/2008 ; C. const., 21 février 2013, n° 13/2013, *Rev. dr. pén.*, 2013, p. 738, et note O. MICHIELS.

(78) C.A., 14 juillet 1997, n° 40/1997 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 45/1997 ; C.A., 28 novembre 2001, n° 153/2001 ; C.A., 28 mars 2002, n° 56/2002 ; C.A., 24 septembre 2003, n° 125/2003 ; C.A., 29 novembre 2006, n° 178/2006 ; C. const., 31 mai 2011, n° 100/2011, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 72, et note H.D. BOSLY ; voy. encore C. const., 30 mars 2011, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 772, et note D. RENDREES.

(79) O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 550-552.

Sous l'angle de la sanction, elle tente d'éviter de tomber dans le piège du jugement de valeur relatif au caractère répréhensible des faits en cause par rapport à d'autres faits punissables pour axer son examen sur les cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'il aboutit à une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée ou à une sanction manifestement disproportionnée.

#### IV. CONCLUSION

L'approche de la Cour constitutionnelle quant au droit d'accès à un tribunal est tout en nuance (80). Pour la Cour, ce droit n'est pas absolu et peut souffrir de limitations. Celles-ci ne doivent néanmoins pas empêcher le justiciable d'exercer un recours effectif contre une décision susceptible de léser ses droits. La Cour insiste sur le fait que si le droit d'accès au juge peut être soumis à des conditions de recevabilité, celles-ci ne peuvent aboutir à restreindre le droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance même.

En somme, les restrictions imposées au droit d'accès au juge doivent avoir un but légitime et s'inscrire dans 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.

C'est au législateur qu'il appartient de donner une portée concrète aux principes généraux tels que l'accès à un juge et l'égalité des armes, mais il relève de la compétence de la Cour constitutionnelle, sans qu'elle ne puisse se substituer au législateur, de vérifier si les différentes parties au procès ne sont pas traitées de manière discriminatoire. De telles prises de position ne sont pas sans rappeler les enseignements qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (81). En effet, la Cour strasbourgeoise insiste sur le fait qu'il convient que le degré d'accès procuré par la

(80) *Ibid.*, pp. 541-543.

(81) Voy. not. Cour eur. D.H., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne* ; Cour eur. D.H., 11 juillet 2002, *Osu c. Italie* ; Cour eur. D.H., 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 25 mai 2004, *Kadlec c. Tchéquie* ; Cour eur. D.H., 29 juillet 1998, *Guérin c. France* ; Cour eur. D.H., 20 avril 2004, *Bulena c. Tchéquie* ; Cour eur. D.H., 22 juillet 2010, *Melis c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 18 octobre 2016, *Miesen c. Belgique*.

législation nationale suffise pour assurer à l'individu le « droit à un tribunal » eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique. L'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits (82).

À l'heure où la législation évolue sans cesse, la Cour constitutionnelle risque d'être, plus encore qu'elle ne l'est déjà, sollicitée par les juges et les justiciables. À n'en pas douter, en dépit de l'ampleur de la tâche, elle s'y attellera, selon la formule de Jean Spreutels, « dans l'esprit constructif et pacificateur qui l'anime depuis l'origine, dans la recherche d'un équilibre, en vue de promouvoir les valeurs essentielles sur lesquelles repose l'État de droit » (83).

---

(82) Cour eur. D.H., 4 décembre 1995, *Bellet c. France*.

(83) J. SPREUTELS, « Propos introductifs », in *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, coll. CLJB, Liège, Anthemis, 2016, p. 13.