

5

Détention préventive : le contrôle de la régularité de la procédure en débat

Pierre MONVILLE

Avocat (Joynlégal), Assistant ULg

Introduction	82
SECTION 1	
Les mécanismes de contrôle prévus par la loi du 19 juillet 1990 relative à la détention préventive	83
SECTION 2	
Les mécanismes de contrôle de la régularité de la procédure découlant des dispositions du C.i.cr.	97
SECTION 3	
Conclusions	108

Introduction

1. Le contentieux de la détention préventive est un des moments clés de la procédure pénale qui se nourrit de paradoxes.

Une personne (présumée innocente) se voit privée de sa liberté et doit immédiatement s'organiser pour prendre attitude dans un débat qui se situe à différents niveaux : contestation ou non des indices sérieux de culpabilité, réponse aux risques de collusion, récidive, pollution d'enquête, mise sur pied d'une alternative à la détention, etc...

L'urgence est toujours de mise puisque chaque comparution devant les juridictions d'instruction n'est annoncée, au mieux, que 48 heures à l'avance et qu'il est souvent déjà bien difficile, dans un délai si court, de prendre connaissance des éléments du dossier répressif.

Peu de temps et de moyens subsistent donc pour examiner des questions de procédure, soit liées à la délivrance du mandat d'arrêt soit à la régularité de la procédure, de manière plus générale.

2. L'on est donc en droit de s'attendre à ce que l'examen des questions touchant à la régularité de la procédure reçoive une attention toute particulière puisqu'il s'agit là du seul moyen pour l'inculpé de contrebalancer les erreurs/manquements qui entacheraient, en amont, une procédure dont il ignorerait jusqu'alors tout et à laquelle il se voit confrontée de manière brutale, lors de la délivrance du mandat d'arrêt.

Or, on est parfois loin du compte, beaucoup s'en faut...

La liste des incidents de procédure qui peuvent émailler le contentieux de la détention préventive serait longue à dresser : délai de 24 heures non respecté, absence de l'avocat lors de l'interrogatoire d'un suspect, nullité du mandat d'arrêt, d'un rapport d'expertise, irrégularité d'une perquisition, d'une écoute téléphonique, recours abusif à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, nullité des poursuites en raison d'une provocation policière...

Le praticien sait de quelle patience et de quelle détermination il faut s'armer pour obtenir l'invalidation d'un mandat d'arrêt pour une question de régularité de la procédure.

3. La présente contribution se propose de faire le point sur les modalités et les limites du contrôle de régularité de la procédure à l'occasion du contentieux de la détention préventive.

Nous examinerons successivement les mécanismes de contrôle prévus par la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (intitulée « la loi », dans la suite de l'exposé) et, ensuite, ceux qui découlent des dispositions du Code d'instruction criminelle (C.i.cr.).

Nous nous efforcerons d'illustrer notre exposé à l'aune de décisions récentes de la Cour de cassation.

Les mécanismes de contrôle de la régularité de la procédure prévus par la loi du 19 juillet 1990 relative à la détention préventive

I.1 Le contrôle de la régularité du mandat d'arrêt

I.1.1 Introduction

4. La durée de validité d'un mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction est de cinq jours.

Avant l'expiration de ce délai, la chambre du conseil doit se réunir pour décider s'il y a lieu ou non de maintenir la détention préventive.

La première mission impartie à la juridiction d'instruction, lors de cette première comparution, est décrite à l'article 21, § 4, de la loi relative à la détention préventive¹.

La meilleure doctrine² a commenté, à souhait, cette disposition qui impose à la chambre du conseil (et à la chambre des mises en accusation siégeant en appel) de vérifier la légalité et la régularité du mandat d'arrêt.

Ce contrôle concerne la régularité du mandat d'arrêt tant au point de vue des conditions de fond que de forme.

5. Lorsqu'elle statue sur l'appel de l'ordonnance de la chambre du conseil rendue dans les cinq jours du mandat d'arrêt, la chambre des mises en accusation a une mission identique à celle de la chambre du conseil, à savoir, celle de contrôler la régularité du mandat d'arrêt³, et cela même si elle est saisie par le seul appel du ministère public⁴.

1. Article 21, § 4 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive : « La chambre du conseil s'assure de la régularité du mandat d'arrêt au regard des dispositions de la présente loi. ».

2. Voyez, notamment, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larier, 2009, p. 621 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, La Charte, 2008, pp. 1053-1055 ; O. MICHELS, D. CHICOYAN et P. THEYSSSEN, *La détention préventive*, Anthémis, 2010, pp. 63-65 ; E. DE FORMANOIR, « Contrôle en handhaving van de voorlopige hechtenis », *De voorlopige hechtenis*, B. DEJEMPEPE et D. MERCKX, Kluwer, 2000, pp. 280-284 ; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvoeding*, Maklu, 2005, pp. 525-526 ; R. DECLERCO, *Beginselen van Strafrechtspleging*, Kluwer, 2003, pp. 397-398.

3. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op.cit.*, p. 641 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op.cit.* ; p. 1056 ; A. WINANTS, « De Rechtsmiddelen », *De voorlopige hechtenis*, B. DEJEMPEPE et D. MERCKX, Kluwer, 2000, p. 406.

4. Cass., 21 août 2007, www.juridat.be, P. 07.1275.N., N.C., 2008, p. 191.

En vertu des pouvoirs qui lui sont reconnus en application de l'article 235bis C.i.cr., la cour peut, dès ce stade de la procédure, vérifier s'il existe une cause de nullité ou d'extinction de l'action publique qui serait de nature à invalider le mandat d'arrêt ou la détention préventive⁵.

1.1.2 Modalités et étendue du contrôle de la régularité du mandat d'arrêt

6. Il convient, d'emblée, d'examiner séparément les irrégularités « capitales » qui vicient de manière irrémédiable le mandat d'arrêt de manquements plus « véniels » auxquels il est possible de remédier.

A. Irrégularités qui entraînent la nullité du mandat d'arrêt

7. En cas d'irrégularités majeures lors de la délivrance d'un mandat d'arrêt, la juridiction d'instruction doit en prononcer la nullité sans pouvoir suppléer aux carences constatées.

Ces hypothèses sont énumérées par la loi :

- absence de signature du mandat d'arrêt⁶ ;
- non respect du délai de 24 heures pour décerner ou signifier le mandat⁷ ;
- défaut d'interrogatoire préalable du juge d'instruction sur les faits⁸ ;
- absence d'audition de l'inculpé sur la possibilité de délivrance d'un mandat d'arrêt⁹ ;
- le fait n'est pas punissable d'un emprisonnement d'un an minimum¹⁰ ;
- l'absence de toute énonciation concernant les circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité de l'inculpé¹¹.

La sanction prévue par la loi est la remise en liberté immédiate de l'inculpé.

5. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op.cit.*, p. 1057. D'ores et déjà, l'on peut relever que la chambre des mises en accusation est compétente pour vérifier si le juge d'instruction était compétent, *ratione loci*, pour décerner mandat d'arrêt (Cass., 31 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, 582), la régularité de la saisine du juge d'instruction (Cass., 15 novembre 1994, *AC.*, 1994, 961, *R.W.*, 1995-96, pp. 13-14), l'existence d'une cause de nullité ou d'extinction de l'action publique Mons (mis. Acc.), 19 novembre 1998, *J.T.* 1999, p. 66, note O. KLEES et D. VANDERMEERSCH.

6. Article 16, § 6 de la loi.

7. Article 18, § 1 *in fine* de la loi.

8. Article 16, § 2, alinéa 1^{er} de la loi.

9. Article 16, § 2, alinéa 2 de la loi.

10. Article 16, §1, alinéa 1^{er} de la loi.

11. Article 16, § 5 de la loi ; Cass. 23 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 650.

8. Jusqu'à présent, aucune sanction n'était prévue en cas de non-respect des formalités relatives à l'arrestation qu'il s'agisse des formalités prévues par l'article 1^{er} de la loi (arrestation en cas de flagrance)¹² ou de celles visées à l'article 2 de la loi (arrestation hors cas de flagrance)¹³.

Vu l'intérêt porté par la Cour européenne des droits de l'homme aux conditions de la garde à vue et, plus particulièrement, à la présence de l'avocat dès le premier interrogatoire, les irrégularités qui affectent l'arrestation de l'inculpé sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle approche.

B. Irrégularités auxquelles les juridictions d'instruction peuvent remédier

9. Lorsque l'irrégularité concerne la régularité de la motivation du mandat d'arrêt, les juridictions d'instruction disposent de larges pouvoirs pour corriger, modifier ou compléter cette motivation.

Ainsi peuvent-elles :

- corriger une motivation incomplète ou irrégulière en ce qui concerne les circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité de l'inculpé qui sont mentionnées par le juge d'instruction, soit en remplaçant un motif erroné par un motif approprié, soit en complétant un motif insuffisant¹⁴ (dès lors que le mandat constate que ces circonstances existent et justifient la détention préventive¹⁵) ;
- corriger les motifs du mandat d'arrêt en remplaçant un motif erroné par un motif exact, soit en rectifiant les erreurs éventuelles dans ce mandat, même lorsque le juge d'instruction a violé la présomption d'innocence, cette violation ne constituant pas un vice irréparable¹⁶ ;
- corriger les erreurs matérielles figurant dans le mandat d'arrêt ;
- modifier la qualification donnée aux faits après avoir invité les parties à s'expliquer sur cette nouvelle qualification, avec pour corollaire un changement éventuel de régime (comparution trimestrielle) si les faits requalifiés ne sont plus susceptibles d'être correctionnalisés ;
- corriger la motivation du mandat d'arrêt en ce qui concerne la mention de la disposition législative qui érige le fait en infraction¹⁷ ;

12. Cass., 10 novembre 1993, *Pas.*, 199, I, 945 ; Chr. DE VALKENBER et G. BOURDOUX, « De arrestatie of de vrijheidsberoving van politionele aard », *De voorlopige hechtenis*, B. DEJEMPEPE et D. MERCKX, Kluwer, 2000, p. 94.

13. Cass., 10 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 888 ; Chr. DE VALKENBER et G. BOURDOUX, *op.cit.*, p. 97.

14. Cass., 16 mars 2005, *Pas.*, 2005, I, 632.

15. Cass., 27 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, 571.

16. Cass., 5 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, 453 ; Cass., 21 janvier 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 643.

17. Cass., 6 février 1991, *Pas.*, 1991, I, 548.

- suppléer au défaut de motivation du mandat d'arrêt, notamment quant à l'omission de la mention des circonstances nouvelles et graves ainsi qu'à l'absence de référence à l'article 28 de la loi sur la détention préventive¹⁸.

1.1.3 Examen de décisions

10. Plusieurs décisions récentes rendues par la Cour de cassation permettent de mieux cerner les contours du contentieux de la régularité du mandat d'arrêt.

A. Notification de la privation de liberté – Absence d'interprète (articles 1^{er}, 4^o, et 2, 3^o et 4^o, de la loi)

Un inculpé se plaignait de ce qu'il n'avait pas bénéficié de la présence d'un interprète lors de la notification de sa privation de liberté mais d'une traduction faite par un officier de police judiciaire. Dans la mesure où, à cette occasion, il n'a pas fait de déclaration, la Cour de cassation considère que la notification de la décision de le priver de liberté, traduite dans sa langue par des personnes qui n'auraient pas la qualité d'interprète juré, est valable et n'affecte pas la régularité du mandat d'arrêt¹⁹.

B. Privation de liberté – Calcul du délai maximum de 24 heures (article 2, 4^o et 18, § 1, alinéa 1^{er} de la loi)

Deux arrêts de la Cour de cassation ont confirmé qu'en cas d'indication imprécise ou inexacte de l'heure de privation de liberté dans le procès-verbal, les juridictions d'instruction étaient habilitées à :

- prendre en considération tous les éléments de fait qui leur sont soumis en manière telle que l'imprécision n'entraîne pas la nullité du mandat d'arrêt décerné ultérieurement de manière régulière sur la base d'autres éléments de fait²⁰ ;
- corriger ce qu'il y a lieu de considérer comme de simples erreurs matérielles²¹.

18. Cass. 14 novembre 2001, www.juridat.be, P. 01.1483.F. ; J.L.M.B., 2002, p. 908.

19. Cass., 2 août 2006, www.juridat.be, P. 06.1093.F.

20. Cass., 10 septembre 2002, P. 02.1266.N.

21. Cass. 12 octobre 2010, www.juridat.be, P. 10.1575.N. L'inculpé soutenait que l'on ne pouvait déterminer l'heure précise de sa privation de liberté en raison d'indications contradictoires renseignées dans deux procès-verbaux en manière telle que l'on ne pouvait vérifier si le mandat d'arrêt avait été notifié dans le délai de 24 heures. La chambre des mises en accusation avait estimé qu'il s'agit là d'une erreur matérielle qu'elle est habilitée à corriger.

C. Seuil de gravité peine d'un an (article 16, § 1^{er} de la loi)

Un arrêt du 24 mars 2010 de la Cour de cassation a rappelé que, dès lors que l'article 16, § 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 n'autorise la mise en détention que pour des faits passibles d'un emprisonnement d'un an ou d'une peine plus grave, la détention préventive ne peut être ordonnée ni maintenue du chef de port public de faux nom qui est sanctionné par l'article 231 du Code pénal d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende, ou d'une de ces peines seulement²².

D. Assistance d'un interprète lors de l'interrogatoire par le juge d'instruction (article 16, § 2 de la loi)

Lors de son interpellation, une personne mentionne l'arabe en tant que langue maternelle et le français sous la rubrique « autre langue ». Elle est entendue par la police de manière circonstanciée, lecture de cette audition lui est donnée et il est précisé qu'elle était conforme à ce qu'elle venait de dire. Lors de l'interrogatoire auquel le juge d'instruction a procédé, l'inculpé a fait choix du français en justice. Il se plaint, devant les juridictions d'instruction, de ne pas avoir été assisté d'un interprète.

La Cour de cassation rejette le pourvoi²³ en estimant qu'avant de décerner un mandat d'arrêt, le juge d'instruction doit interroger l'inculpé sur les faits qui sont à la base de l'inculpation et qui peuvent donner lieu à la délivrance d'un tel mandat et entendre ses observations ; en principe, cette audition doit avoir lieu dans une langue que l'inculpé comprend. Ces circonstances ont été dûment constatées par les juges d'appel.

E. Délivrance de trois mandats identiques contre le même prévenu (article 16, § 5 de la loi)

La Cour de cassation sanctionne la délivrance par un juge d'instruction, à la même date, et à charge de la même personne, de trois mandats d'arrêt libellés de façon semblable.

L'obligation de motivation prévue à l'article 16, § 5 de la loi relative à la détention préventive n'est pas rencontrée²⁴.

22. Cass., 24 mars 2010, www.juridat.be, P. 10.0473.F.

23. Cass., 16 juin 2010, www.juridat.be, P. 10.0991.F.

24. Cass., 23 juillet 2002, www.juridat.be, P. 02.1064.F.

F. Correction d'une motivation erronée – Violation de la présomption d'innocence (article 16, § 5 de la loi)

Lors de la délivrance d'un mandat d'arrêt, un juge d'instruction avait estimé que les conditions de la légitime défense n'étaient pas réunies, ce qui constituait, à l'évidence, une violation de la présomption d'innocence.

La Cour de cassation reconnaît le droit à la juridiction d'instruction de substituer à cette irrégularité une motivation adéquate²⁵.

G. Évocation insuffisante des circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité de l'inculpé (article 16, § 5 de la loi)

La question s'est posée de savoir si les juridictions d'instruction appelées à contrôler la légalité d'un mandat d'arrêt avaient ou non le pouvoir de compléter un mandat d'arrêt qui mentionne que les circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité de l'inculpé constituent une absolue nécessité pour la sécurité publique de décerner mandat d'arrêt à charge dudit inculpé, sans indiquer lesdites circonstances de manière suffisante.

Si le mandat d'arrêt énonce ces circonstances sans les mentionner plus avant, les juridictions d'instruction peuvent y remédier, soit en remplaçant un motif erroné par un motif exact, soit en corrigeant les erreurs éventuelles, soit encore en complétant les motifs existants²⁶.

Cette hypothèse doit être distinguée du cas de figure rencontré lorsque l'irrégularité qui affecte le mandat d'arrêt résulte de l'absence de toute énonciation concernant les circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité de l'inculpé et qui constitue un vice irréparable du mandat d'arrêt²⁷.

H. Inculpé laissé en liberté suite à un mandat d'amener (article 28, § 1^{er} de la loi)

L'article 28, § 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive²⁸ est applicable lorsqu'un suspect, ayant fait l'objet d'un mandat d'amener qui lui a été signifié et a été exécuté, a été remis en liberté sur ordre du juge d'instruction, même s'il n'a pas été entendu par celui-ci²⁹.

25. Cass. 21 janvier 2004, *www.juridat.be*, P.04.0069.F.

26. Cass., 16 mars 2005, *www.juridat.be*, P. 05.0313.F avec conclusions de l'avocat général R. Loop.

27. Cass., 23 juin 1994, *R.W.*, 1994-1995, 402.

28. Article 28, § 1^{er} de la loi : le juge d'instruction peut décerner un mandat d'arrêt en tout état de cause contre l'inculpé laissé ou remis en liberté si celui-ci reste en défaut de se présenter à un acte de la procédure ou si des circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire.

29. Cass., 5 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, 1827, *www.juridat.be*, P. 05.1292.F.

Dès lors, le mandat d'arrêt décerné ultérieurement doit mentionner les circonstances nouvelles et graves rendant la privation de liberté nécessaire.

I. Absence de l'avocat dès le premier interrogatoire par la police (arrêt « Salduz »)

La Cour de cassation a eu l'occasion de se pencher sur les conséquences, en droit interne, de la jurisprudence « Salduz »³⁰ de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police. Le propos ne sera pas de reproduire le débat qui anime le landerneau judiciaire³¹ mais de voir dans quelle mesure l'absence d'assistance d'un avocat peut affecter la régularité du mandat d'arrêt.

Des nombreux arrêts rendus récemment par la Cour de cassation, l'on peut retenir que³² :

- les articles 1^{er}, 2, et 16, §§ 2 et 4, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, ne prévoient pas l'assistance d'un avocat aux côtés de l'inculpé dès qu'il est privé de liberté ;

30. Salduz c. Turquie, 27 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 196, obs. A. JACOBS ; *T. Straffr.*, 2009, p. 36.

31. Pour une excellente synthèse sur la question, voy. les observations formulées par O. MICHELIS : « La réception des arrêts Salduz et Dayanan de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1274-1284. Voyez également M.-A. BEERNAERT, « Salduz et le droit de l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *R.D.P.C.*, 2009, p. 971 à 988 ; M. BORGERS, « Een nieuw dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor », *N.J.*, 2009, afl. 2, p. 88 à 99 ; T. DECAIGNY et J. VAN GAVER, « Salduz : Nemo tenetur en meer... », *T. Straffr.*, 2009, p. 201 à 212 ; P. DE HERT, T. DECAIGNY et K. WEIS, « L'arrêt Salduz contraint à une adaptation de l'audition », *Vigiles*, 2009, n° 1, p. 1-4 ; B. DUFOUR, « Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la phase préparatoire entre droit absolu et droit relative », *J.T.*, 2009, p. 529 à 535 ; A. JACOBS, « Un bouleversement de la procédure pénale en vue : la présence de l'avocat dès l'arrestation judiciaire du suspect », *J.L.M.B.*, 2009, p. 202 à 204 ; A. KETELS, « L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire », *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 989 à 1012 ; T. SPRONKEN, « De gevolgen van de zaken Salduz en Panovits in Nederland », *T. Straffr.*, 2009, p. 227 à 233 ; J. STEVENS et G. LATOUR, « Het standpunt van de Orde van Vlaamse Balies », *T. Straffr.*, 2009, p. 219 à 226 ; K. VAN CAUWENBERGHE, « Waarheen met een fair trial in België ? », *T. Straffr.*, 2009, p. 197 à 201 ; L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten Salduz en Panovits van het E.H.R.M. », *N.C.*, 2009, p. 87 à 97 ; L. VAN PUYENBROECK et G. VERMEULEN, « Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden ? », *T. Straffr.*, 2009, p. 212 à 219.

32. Cass., 11 mars 2009, *www.juridat.be*, P. 09.0304.F ; Cass. 13 janvier 2010, *www.juridat.be*, P. 09.1908.F ; Cass., 24 février 2010, *www.juridat.be*, P. 10.0298.F ; Cass., 31 mars 2010, *www.juridat.be*, P. 10.0504.F ; Cass., 5 mai 2010, *www.juridat.be*, P. 10.0744.F, avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; Cass., 26 mai 2010, *www.juridat.be*, P. 10.0503.F, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1270, obs. O. MICHELIS ; Cass., 22 juin 2010, *www.juridat.be*, P. 10.0872.N.

● l'ensemble des conditions qui garantissent à l'inculpé un déroulement équitable du procès, telles que les formalités imposées pour l'audition de l'inculpé par l'article 47bis du C.i.cr., la privation de liberté limitée dans tous les cas à vingt-quatre heures par l'article 12, alinéa 3, de la Constitution, la remise immédiate, au moment de la signification du mandat d'arrêt, de toutes les pièces visées aux articles 16, § 7, et 18, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, le droit de l'inculpé de communiquer librement avec son avocat conformément à l'article 20, § 1^{er} et 5, de la loi du 20 juillet 1990, l'accès au dossier avant la comparution devant la juridiction d'instruction tel qu'il est organisé par l'article 21, § 3, de la loi du 20 juillet 1990, la présence du conseil de l'inculpé lors de l'interrogatoire récapitulatif prévu à l'article 22, alinéa 3, de la loi du 20 juillet 1990, ainsi que les droits accordés à l'inculpé par les articles 61^{ter}, 61^{quater}, 61^{quinquies}, 136 et 235bis du C.i.cr., empêche que l'absence d'un conseil au cours des premières vingt-quatre heures de privation de liberté puisse compromettre définitivement tout traitement équitable de la cause.

1.1.4 Caractère non renouvelable du contrôle de la régularité du mandat d'arrêt

11. Le contrôle de la régularité « formelle » du mandat d'arrêt ne pourra plus être effectué lors de comparutions ultérieures devant les juridictions d'instruction.

La Cour de cassation a répété, à maintes reprises, que quelle que soit la nullité invoquée, la régularité du mandat d'arrêt ne peut être contestée que lors de la décision relative au maintien de la détention préventive dans les cinq jours à compter de l'exécution du mandat d'arrêt et non lorsque la chambre du conseil statue de mois sur le maintien de cette détention³³.

Il ne peut être question de demander aux juridictions d'instruction de revenir sur ce contrôle de régularité, en invoquant d'autres dispositions du Code d'instruction criminelle : en effet, si l'irrégularité soulevée concerne les conditions légales du maintien de la détention préventive, elle ne constitue pas une irrégularité, une omission ou une nullité au sens des articles 131 et 235bis C.i.cr et seules les dispositions de la loi sur la détention préventive trouvent à s'appliquer³⁴.

33. Cass., 24 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, 51 ; Cass., 11 avril 2000, *Pas.*, 2000, I, 247 ; Cass., 16 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, 298 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 591 ; Cass., 3 juillet 2001, www.juridat.be, P. 01.0935.N. (réexamen de la légalité du mandat d'arrêt par le juge d'instruction après la première chambre du conseil) ; Cass., 2 janvier 2002, www.juridat.be, P. 01.1740.F. (inculpé qui invoque des circonstances antérieures à la délivrance du mandat d'arrêt, lors d'une comparution mensuelle devant la juridiction d'instruction) ; Cass., 16 janvier 2008, www.juridat.be, P. 08.0061.F (irrégularité affectant la première ordonnance de maintien de la détention préventive).

34. Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, I, 341 ; Cass., 26 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, 723 ; www.cass.be P. 01.1720.N.

1.2 Le contrôle de la régularité de la procédure imposé par d'autres dispositions de la loi relative à la détention préventive

1.2.1 Introduction

12. Les juridictions d'instruction doivent veiller au respect d'autres dispositions de la loi relative à la détention préventive dont la violation peut entraîner la remise en liberté de l'inculpé.

Il s'agit, d'une part, du respect des délais pour statuer sur la détention préventive tels qu'organisés par les articles 22, alinéas 1 et 2 et 22bis de la loi et, d'autre part, de la vérification de la régularité des indices sérieux de culpabilité qui découle de l'article 22, alinéa 6 de la loi.

1.2.2 Délai de comparution mensuelle/trimestrielle

13. 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, sur le maintien de la détention préventive pour les délits et crimes correctionnalisables (article 22, alinéa 1^{er} de la loi) et de trimestre en trimestre pour les crimes non correctionnalisables (article 22, alinéa 2 et article 22bis de la loi).

Si la chambre du conseil n'a pas statué dans le délai fixé par la loi, l'inculpé est immédiatement remis en liberté. Par contre, la loi ne requiert pas que la signification de l'ordonnance ait lieu dans ce délai³⁵.

Les délais de comparution sont calculés, conformément aux dispositions du Code judiciaire (article 52 à 54), vu que la loi du 20 juillet 1990 ne contient aucune disposition particulière quant à la computation des délais. Les délais se calculent donc de quantième à veille de quantième, le point de départ étant le lendemain de l'ordonnance précédente³⁶. Si le dernier jour utile est un samedi, dimanche ou jour férié, l'audience de la chambre du conseil doit être avancée, car le délai d'un mois est un délai couperet³⁷.

14. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter qui ont donné lieu à des décisions récentes de la Cour de cassation :

- pour un crime non correctionnalisable, pour lequel le contrôle trimestriel ne prend cours qu'à compter de la seconde ordonnance de la chambre du conseil, l'ordonnance de maintien en détention préventive est, par l'effet de la loi, valable pour trois mois à dater du jour où elle est rendue ; la

35. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op.cit.*, p. 1059.

36. *Ibidem*.

37. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 628.

chambre du conseil n'a pas le pouvoir de réduire la durée de validité du maintien en détention en dessous du délai prévu par la loi³⁸ ;

- lorsqu'il ne ressort pas des pièces de la procédure que la chambre du conseil a statué dans le délai d'un mois à compter de l'arrêt qui maintient la détention préventive ensuite de l'appel interjeté contre une ordonnance rendue en application de l'article 21 de la loi du 20 juillet 1990, la Cour de cassation n'est pas en mesure de vérifier si la décision de maintien en détention préventive est conforme à la loi³⁹ ;
- en obligeant la chambre du conseil à statuer de mois en mois, l'article 22, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive définit la durée maximale de la validité du titre de détention ; aucune nullité de la procédure ne saurait résulter de la circonstance que moins d'un mois s'est écoulé entre deux ordonnances successivement rendues en application de cette disposition légale.

1.2.3 Respect des formalités préalables à chaque comparution devant les juridictions d'instruction

A. L'avis de comparution

15. L'article 21, § 2 (première comparution) et l'article 22, alinéa 4 (comparution mensuelle ou trimestrielle) de la loi prévoient l'envoi d'un avis de comparution à l'inculpé et son conseil.

Il ne s'agit pas d'une formalité prescrite à peine de nullité : son caractère tardif ne peut dès lors entraîner l'annulation de la procédure sauf si cette situation a porté préjudice aux droits de la défense.

En outre, le non-respect des dispositions relatives à la comparution en chambre du conseil n'emporte pas violation des droits de la défense si elles ont été respectées en degré d'appel⁴⁰.

16. En ce qui concerne la procédure devant la chambre des mises en accusation, l'obligation d'aviser le conseil de l'inculpé est prévue par l'article 30, § 2 de la loi.

Pas plus que devant la chambre du conseil, le non-respect de cette disposition n'emportera sanction (la nullité de la décision) qu'en cas de violation des droits de la défense⁴¹.

38. Cass., 23 mai 2007, www.juridat.be, P. 07.0682.F.

39. Cass., 16 mai 2007, www.juridat.be, P. 07.0639.F.

40. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 623.

41. *Ibidem*, p. 640.

B. La mise à disposition du dossier

17. Tant l'article 21, § 3 (première comparution) que l'article 22, alinéa 4 (comparution mensuelle ou trimestrielle) de la loi prévoient qu'avant chaque comparution devant la chambre du conseil le dossier est mis à disposition de l'inculpé et de son conseil.

La consultation porte sur l'intégralité du dossier répressif, à l'exclusion des pièces relatives à une écoute téléphonique ou au dossier confidentiel lors de la mise en œuvre d'une méthode particulière de recherche⁴². De façon plus générale, l'on peut considérer que ce sont les résultats de l'enquête et non les devoirs d'enquête non encore exécutés qui doivent être versés au dossier⁴³.

Le dossier mis à disposition doit, en règle, être complet, même si aucune disposition n'exige qu'il soit accompagné d'un inventaire⁴⁴. Il a été jugé que la chambre des mises en accusation violait les droits de la défense en considérant que les pièces manquantes ne l'empêchaient pas d'apprécier, en fonction du contenu du dossier qui lui était soumis, l'existence des indices sérieux de culpabilité⁴⁵.

La loi n'a toutefois pas prévu de sanction au défaut de mise à la disposition de la défense du dossier préalablement à la comparution devant la chambre du conseil. La jurisprudence admet que cette irrégularité peut être corrigée en mettant le dossier à disposition de l'inculpé et de son conseil avant sa comparution devant la chambre des mises en accusation ou par une remise de l'affaire à la demande de la défense⁴⁶.

18. Aussi étrange que cela puisse paraître, la loi ne prévoit pas l'accès au dossier avant la comparution devant la chambre des mises en accusation, même si l'usage s'est répandu⁴⁷. Il en va de même pour le réquisitoire écrit du procureur général qui ne doit pas être communiqué à l'inculpé ou à son conseil avant l'audience de la chambre des mises en accusation⁴⁸.

La situation est différente s'il est établi qu'une pièce jointe au dossier n'aurait pas été soumise à la contradiction : la Cour de cassation a cassé un arrêt de la chambre des mises en accusation maintenant la détention préventive au motif qu'elle n'était pas en mesure de vérifier s'il avait été statué sur la base de pièces nouvelles qui n'avaient pas été mises à la disposition de l'inculpé⁴⁹.

42. O. MICHIELS, D. CHICOYAN et P. THEVISSSEN, *op. cit.*, p. 59.

43. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.* ; p. 1064.

44. J. DE CODT, « Le contrôle de la détention préventive », *La détention préventive*, Larcler, 1992, p. 208.

45. Cass., 29 juillet 2008, *J.T.*, 2008, p.568.

46. Cass., 20 avril 1993, *J.T.*, 1993, p. 779 avec note O. KLEES ; Cass., 5 avril 2006, *Pas.*, 2006, I, 788.

47. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1074 ; O. MICHIELS, D. CHICOYAN et P. THEVISSSEN, *op. cit.*, p. 69.

48. O. MICHIELS, D. CHICOYAN et P. THEVISSSEN, *op. cit.*, p. 69.

49. Cass., 21 mars 2007, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 861.

Cette décision apparaît toutefois isolée. Dans l'appréciation d'une éventuelle violation des droits de la défense, l'on attend de l'inculpé une attitude « proactive » en vue de prendre connaissance nouvelles pièces versées au dossier. Ainsi s'il n'a pas demandé la communication immédiate des nouvelles pièces, s'il n'a pas sollicité la remise (devant la chambre du conseil), voire s'il a décliné l'offre de remise faite par la chambre des mises en accusation, aucune violation des droits de défense ne sera retenue⁵⁰.

1.2.4 Le contrôle de la régularité des indices sérieux de culpabilité

A. Introduction

19. Le contrôle de la régularité de la procédure opéré par les juridictions d'instruction statuant dans le cadre du contentieux de la détention préventive ne se limite pas à la régularité du mandat d'arrêt mais peut s'étendre à d'autres irrégularités relatives à des actes d'instruction qui en constitueraient le soutien, voire à la régularité/recevabilité des poursuites.

Comment doit réagir la juridiction d'instruction confrontée à un inculpé invoquant l'irrégularité d'une perquisition, d'une écoute téléphonique, de la mise en œuvre de méthodes particulières de recherche voire excipant d'une cause d'extinction ou d'irrecevabilité des poursuites ?

De telles questions peuvent surgir, que ce soit à l'occasion de la première comparution devant la juridiction d'instruction, voire ultérieurement, lors de la comparution mensuelle (ou trimestrielle pour les crimes qui ne sont pas susceptibles d'être correctionnalisés).

La situation est différente, selon que l'on se situe devant la chambre du conseil ou devant la chambre des mises en accusation, en raison des pouvoirs plus étendus dont dispose cette dernière en matière de contrôle de la régularité de la procédure⁵¹.

B. Modalités et étendue du contrôle de la régularité des indices sérieux de culpabilité

20. La notion centrale est celle de régularité des indices sérieux de culpabilité.

Comme le souligne à juste titre E. de Formanoir⁵², lors de l'examen des indices sérieux de culpabilité, la chambre du conseil ne peut tenir compte que

50. Cass., 4 juin 2003, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 1315 ; Cass., 5 août 2003, *Pas.*, 2003, I, 1326 ; Cass., 22 novembre 2006, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 522.

51. Voir *infra*, point II.1 : Le contrôle de la régularité de la procédure en application de l'article 235bis C.i.cr.

52. E. DE FORMANOIR, *op. cit.*, pp. 284 et 299.

des actes d'instruction réguliers. Des éléments de preuve obtenus de manière irrégulière ne peuvent entrer en ligne. Ces indices ne peuvent être déduits de données obtenues de manière illicite⁵³.

La chambre du conseil devra donc examiner si, indépendamment des actes d'instruction irréguliers, suffisamment d'indices sérieux de culpabilité existent. En l'absence d'indices de culpabilités régulièrement recueillis, il sera fait fin à la détention⁵⁴.

Lors de cet examen, la juridiction d'instruction n'est tenue qu'à un examen *prima facie* de l'irrégularité invoquée⁵⁵ et ou/ de la régularité de l'octroi de la preuve⁵⁶.

21. La marge de manœuvre de la chambre du conseil est cependant étroite

- elle est, d'une part, tenue par les règles spécifiques de la loi sur la détention préventive qui lui interdisent de réexaminer la régularité du mandat d'arrêt après la première comparution et ce quelle que soit la nullité invoquée⁵⁷. Il est donc exclu de revenir à la charge avec des arguments régularité de la procédure qui, en définitive, reviendraient à critiquer des conditions légales du maintien de la détention préventive ;
- elle ne peut, d'autre part, pas procéder à aucun contrôle de régularité de la procédure *sensu stricto*. À cet égard, la chambre du conseil devra faire un double écueil : elle n'est pas habilitée à prononcer la nullité de l'instruction entaché d'illégalité, cette compétence, en cours d'instruction, étant réservée à la chambre des mises en accusation (article 235bis C.i.cr.)⁵⁸. La compétence qu'elle tire de l'article 131 C.i.cr. n'est qu'accessoire, vocation à s'exercer que lors du règlement de procédure⁵⁹.

22. Enfin, l'impact d'une l'ordonnance rendue par la chambre du conseil devant qu'un acte d'instruction serait irrégulier et, partant, décidant de la libération de l'inculpé reste limité puisqu'une telle décision ne lie pas la juridiction d'instruction lorsqu'elle statue sur le règlement de procédure ni, a fortiori, le juge du fond⁶⁰.

53. Cass., 17 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, 493 ; Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, 263.

54. E. DE FORMANOIR, *op. cit.*, p. 284.

55. Cass., 11 février 2004, www.juridat.be, P. 04.0203.F. ; Cass., 22 septembre 2009, www.juridat.be, P. 09.1389.N.

56. Cass., 5 mai 2009, www.juridat.be, P. 09.0615.N.

57. Voir *supra*, point I.1.4.

58. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1053.

59. Cass., 25 mars 1998, *J.T.* 1998, p. 572.

60. F. DE FORMANOIR, *op. cit.*, n. 200.

C. Examen de décisions

23. Quelques décisions récentes rendues par la Cour de cassation mettent en relief les limites de ce contrôle de régularité des indices de culpabilité.

1. Preuve par enregistrement vidéo illégal⁶¹

Un inculpé soutenait avoir été identifié par un enregistrement vidéo dont il contestait la légalité, soulignant que les différents coïnculpés n'avaient avoué les faits mis à leur charge qu'après que l'existence de cette cassette leur avait été révélée.

Il invoquait la nullité affectant l'obtention d'une preuve, afin d'en déduire qu'il n'existe pas d'indice suffisant de culpabilité justifiant le maintien de sa détention préventive.

La Cour de cassation écarte le moyen et décide que la juridiction d'instruction n'est tenue qu'à un examen *prima facie* de l'irrégularité invoquée, dès lors qu'en matière de détention préventive, la loi du 20 juillet 1990 comporte des règles spécifiques du contrôle de la régularité du maintien de la détention, qui seules sont applicables.

2. Analyse d'échantillons d'ADN⁶²

Un inculpé contestait la régularité d'indices sérieux de culpabilité justifiant le maintien de sa détention préventive résultant des rapports d'expertises génétiques alors même qu'au moment où les prélèvements avaient été effectués les garanties de traitement des échantillons ainsi que les exigences de gestion de banques de données telles que prévues par la loi du 22 mars 1999 et l'A.R. du 4 février 2002 n'étaient pas encore effectives.

La Cour de cassation considère comme légalement justifiée la décision de la chambre des mises en accusation tenant pour régulière la preuve résultant d'une analyse ADN provenant d'un échantillon conservé dans la banque donnée « Crimina-listique » de l'INCC.

3. Régularité de procès verbaux, pièces manquantes au dossier⁶³

Un inculpé faisait valoir que l'instruction pénale n'avait pas été menée régulièrement aux motifs que les enquêteurs avaient mené leur propre enquête et que ni la totalité des procès-verbaux, ni l'apostille du juge d'instruction chargeant les enquêteurs de leur mission ne se trouvaient dans le dossier, argumentation à laquelle la chambre des mises en accusation avait répondu en précisant que l'instruction pénale ne présentait pas d'irrégularités, ni au niveau des procès-verbaux rédigés, ni au niveau de la procédure menée jusqu'alors.

61. Cass., 11 février 2004, *www.juridat.be*, P. 04.0203.F.

62. Cass., 21 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, 1691.

63. Cass., 5 mai 2009, *www.juridat.be*, P. 09.0615.N.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et rappelle que lorsque ces indices de culpabilité sont déduits d'une obtention de la preuve dont la régularité est contestée, la juridiction d'instruction n'est tenue qu'à un examen *prima facie* de la régularité de l'obtention de la preuve.

4. Régularité d'une méthode particulière d'observation⁶⁴

La Cour de cassation confirme sa jurisprudence établie, lorsque l'irrégularité invoquée devant la juridiction d'instruction appelée à se prononcer sur le maintien de sa détention préventive, est relative à la nullité d'une méthode particulière de recherche (infiltration et observation), et de la procédure fondée sur cet acte d'instruction, afin d'en déduire qu'il n'existe aucun indice de culpabilité justifiant le maintien de la détention préventive, elle n'est tenue qu'à un examen de prime abord de l'irrégularité invoquée.

Cette décision est intéressante d'un autre point de vue : elle considère qu'en réalité, l'inculpé avait également demandé à la chambre des mises en accusation, en application de l'article 235bis C.i.cr., d'examiner la régularité des actes d'instruction d'infiltration et d'observation et que la chambre des mises en accusation ne s'étant pas prononcée à cet égard, restait toujours saisie de ce chef.

II

Les mécanismes de contrôle de la régularité de la procédure découlant des dispositions du C.i.cr.

II.1 Le contrôle de la régularité de la procédure, en application de l'article 235bis C.i.cr.

II.1.1 Introduction

24. La chambre des mises en accusation dispose de larges prérogatives en matière de contrôle de la régularité de la procédure⁶⁵ qu'elle va pouvoir exercer à l'occasion d'un recours en matière de détention préventive. En effet, lorsqu'elle est saisie dans le cadre d'un recours en matière de détention préven-

64. Cass., 22 septembre 2009, *www.juridat.be*, P. 09.1389.N.

65. Voyez à ce propos, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSER, *op.cit.*, pp. 562-577 ; H.-D. BOSUY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op.cit.*, pp. 868-885 ; R. VERSTRAELEN, *op.cit.*, pp. 639-659 ;

Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, Strafrechtsrecht en Internationaal Strafrecht*, Maklu, 2006, pp. 894-907.

tive, elle est habilitée à contrôler la régularité de la procédure conformément à l'article 235bis C.i.cr. 66.

Ainsi lorsqu'un inculpé fait valoir que le juge pénal belge est incompétent pour connaître des poursuites exercées à sa charge et que la chambre des mises en accusation qui ordonne la remise en liberté de l'inculpé, sous caution, estime que l'argumentation développée en conclusions par (le demandeur) manque, par conséquent, totalement de pertinence, la Cour de cassation casse cette décision et rappelle que la chambre des mises en accusation est tenue de contrôler, sur la réquisition du ministère public ou à la requête d'une des parties, la régularité de la procédure qui lui est soumise, dans tous les cas de saisine ; notamment, lorsque cette juridiction est saisie d'un appel en matière de détention préventive 67.

Il n'en va pas de même en cas d'appel contre une ordonnance de prolongation de conditions par le juge d'instruction : les articles 36 et 37 de la loi relative à la détention préventive ne créent pas un droit d'appel de l'inculpé contre l'ordonnance du juge d'instruction prolongeant en tout ou en partie, au cours de l'instruction judiciaire, des conditions déjà imposées par la chambre du conseil 68.

11.1.2 Modalités et étendue du contrôle de régularité de la procédure

A. Rappel

25. L'article 235bis du C.i.cr. permet/oblige 69 la chambre des mises en accusation de contrôler la régularité de la procédure et de statuer sur la légalité ou la régularité d'un acte d'instruction, dans tous les cas de saisine.

26. Les caractéristiques de la procédure prévue à l'article 235bis C.i.cr. seront brièvement rappelées :

- la demande est formée, de manière incidente, soit par le biais de conclusions, soit verbalement. Elle vient se greffer sur une demande principale, ce qui suppose que la juridiction d'instruction soit régulièrement saisie 70 ;
- la procédure se déroule, en principe, à huis-clos sauf si la chambre des mises en accusation décide d'ordonner la publicité des débats, à la demande d'une des parties ;

66. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, pp. 1080-1082 ; Cass., 3 octobre 2001, www.juridat.be, P. 01.1303.F ; Cass., 9 novembre 2005, www.juridat.be, P. 05.1378.F ; Cass., 3 juillet 2007, www.juridat.be, P. 07.0920.N.

67. Cass., 3 octobre 2001, www.juridat.be, P. 01.1303.F.

68. Cass., 3 décembre 2003, www.juridat.be, P. 03.1545.F.

69. La chambre des mises en accusation doit exercer ce contrôle si une des parties le lui demande, pour autant qu'elle soit régulièrement saisie. Elle peut l'exercer si elle le fait d'office.

70. J. DE GODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, p. 138.

- la procédure présente un certain degré de contradictoire puisque la chambre des mises en accusation est tenue d'entendre les parties en leurs observations ;

- le contrôle porte sur les actes d'instruction proprement dits, à l'exclusion des pièces relatives à la détention préventive pour laquelle le législateur a prévu une procédure distincte. Une chambre des mises en accusation qui n'est pas saisie dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive est sans pouvoir, même si la privation de liberté a pris fin, pour annuler et faire retirer du dossier un mandat d'arrêt ou une ordonnance de mise en liberté sous conditions 71 ;

- aucune consultation préalable du dossier répressif n'est autorisée. Toutefois, si elle estime qu'une cause de nullité d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, la chambre des mises en accusation doit ordonner la réouverture des débats. L'article 235bis ne prévoit pas la consultation du dossier de la procédure avant l'audience à laquelle les débats son rouverts 72. Ces règles particulières s'appliquent également dans l'hypothèse où la chambre des mises en accusation constate l'irrégularité d'un acte d'instruction ou relatif à l'obtention d'une preuve 73 ;

- aucun délai n'est fixé endéans lequel la chambre des mises en accusation doit statuer ;

- les arrêts rendus en application de l'article 235bis C.i.cr. sont susceptibles d'un pourvoi immédiat (article 416, alinéa 2 C.i.cr.).

27. Les conséquences du mécanisme de purge retiendront également l'attention :

- lorsqu'elle constate une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention d'une preuve ou une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, la chambre des mises en accusation prononce, le cas échéant, la nullité de l'acte qui est entaché et de tout ou partie de la procédure ultérieure. Les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance (article 235bis, § 6 C.i.cr.) ;

- l'illégalité d'un acte d'instruction n'entraîne pas nécessairement la nullité de tous les actes ultérieurs. Une arrestation illégale ne contamine pas automatiquement, par effet de domino, la suite de la procédure, et notamment une perquisition, ainsi que le démontre de manière convaincante Jean de Godt 74 ;

71. J. DE GODT, *op. cit.*, p. 139.

72. Cass., 22 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1413.

73. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, 2008, p. 878.

74. J. DE GODT, *op. cit.*, p. 133 : un suspect est interpellé devant son domicile ; il refuse la fouille. Les policiers l'emmenent et installent un piquet devant son domicile. Soudain ils entendent des bruits de démenagement, ouvrent la porte, pénètrent dans l'habitation, extraient de force les occupants, referment la porte et procèdent à leur arrestation. Une heure plus tard, le mandat de perquisition arrive et l'on découvre plusieurs kilos de drogue.

- si dans les pièces annulées figurent des éléments utiles à la défense du prévenu, il doit pouvoir les utiliser. Une nuance est formulée par J. de Coudt qui estime que cela n'est envisageable pour autant que leur emploi ne porte pas préjudice à la défense d'un autre prévenu⁷⁵. Le législateur avait voulu interdire de manière générale et absolue l'utilisation de pièces annulées⁷⁶. Cette disposition a été annulée par la Cour constitutionnelle (anciennement Cour d'arbitrage)⁷⁷ au motif qu'elle porte une atteinte disproportionnée aux droits de la défense de celui pour qui les pièces sont annulées sont indispensables à l'exercice de ses droits ; il doit donc pouvoir les utiliser dans cette mesure⁷⁸ ;
- *in concreto*, la purge peut revêtir différentes formes : outre l'annulation pure et simple d'un procès-verbal dans son entiereté, la juridiction peut ordonner que la pièce soit remplacée au dossier par une copie dont seuls les éléments obtenus irrégulièrement auront été rendus illisibles⁷⁹, voire un « caviardage » des passages litigieux d'un procès-verbal⁸⁰. En ce qui concerne les déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police ou devant un juge d'instruction sans assistance possible d'un avocat, Monsieur l'avocat-général Vandermeersch suggère d'opérer une distinction entre le renseignement et la preuve, à l'instar de ce qui existe en matière de témoignages anonymes⁸¹. La solution reviendrait donc à considérer que les aveux recueillis en l'absence de l'avocat constituent des informations auxquelles le juge n'accordera pas de force probante mais qui pourront figurer au dossier répressif⁸² ;
- la Cour de cassation estime qu'il y a lieu de faire application, au stade de l'instruction, des principes dégagés par elle en matière d'amissibilité de la preuve⁸³. La chambre des mises en accusation doit donc maintenir provisoirement les actes irréguliers au dossier de la procédure, en dehors du cas de la violation d'une norme prescrite à peine de nullité et lorsque l'irrégularité commise n'ôte pas à la preuve sa fiabilité, et encore lorsqu'elle ne compromet pas le droit à un procès équitable⁸⁴.

75. J. DE CODT, *op. cit.*, p. 135.

76. Loi du 4 juillet 2001 modifiant certaines dispositions du code d'instruction criminelle, *M.B.* 24 juillet 2001, p. 24876.

77. C.A., 8 mai 2002, n° 86/2002.

78. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 565.

79. J. DE CODT, *op. cit.*, p. 134.

80. Cass., 19 octobre 2005, www.juridat.be, P. 05.1287.F, avec conclusions de l'avocat-général D. VANDERMEERSCH.

81. Cass. 23 mars 2005, www.juridat.be, R.G. P. 04.1528.F, *Pas.*, 2005, I, 686.

82. Voir les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH sous Cass., 5 mai 2010, www.juridat.be P. 10.0744.F.

83. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.* p. 880.

B. Spécificités du contrôle de la régularité de la procédure à l'occasion du contentieux de la détention préventive

28. En raison des spécificités et délais extrêmement brefs applicables au contentieux de la détention préventive, le contrôle de la régularité subit certains aménagements par rapport à une application « classique » de l'article 235bis C.i.cr.

L'on peut résumer la situation comme suit⁸⁵ : si le vice invoqué devant la chambre des mises en accusation, à l'occasion d'une comparution dans le cadre de la détention préventive, est dénué d'incidence sur la légalité du maintien éventuel de cette détention, la juridiction d'instruction peut disjoindre l'examen de la régularité de la procédure de celui de l'appel dont elle est saisie. Cette disjonction est également autorisée lorsque le grief peut avoir une incidence sur la légalité de la détention mais qu'au terme d'un examen « *prima facie* », il ne semble pas fondé. En pareil cas, la chambre des mises en accusation se contente d'un contrôle sommaire et ajourne l'examen de la cause à une audience ultérieure pour vérification plus approfondie de la régularité de la procédure⁸⁶.

Le débat sur le contrôle de la régularité va donc être disjoint entre, d'une part, un contrôle de régularité *prima facie* (dans le cadre de l'examen de la détention préventive) et, d'autre part, un contrôle plus approfondi sur la base de l'article 235bis C.i.cr.

29. Ce contrôle de régularité recoupe, partiellement, celui de la régularité des indices sérieux de culpabilité que nous avons évoqué plus haut⁸⁷.

Un arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 2007⁸⁸ illustre la relation étroite entre ces deux formes de contrôle :

« Lorsque l'inculpé invoque la nullité d'un acte d'instruction et de la procédure subséquente pour en déduire qu'il n'existe pas d'indices de culpabilité justifiant le maintien de la détention préventive, la chambre des mises en accusation n'est certes tenue, pour l'examen du maintien de la détention préventive, qu'à un examen de prime abord de l'irrégularité invoquée. Cette circonstance n'empêche cependant pas que, lorsque la chambre des mises en accusation est également appelée, en application de l'article 235bis, § 2 du Code d'instruction criminelle, à se prononcer sur la régularité d'un ou plusieurs acte(s) d'instruction, elle soit tenue de procéder à cet examen, bien qu'elle puisse le remettre à une date ultérieure. »

85. J. DE CODT, *op. cit.*, pp. 139-140.

86. Cass. 20 février 2001, *Pas.*, 2001, I, 341 ; Cass., 9 novembre 2005, *Pas.*, 2005, I, 2202 ; Cass. 3 juillet 2007, www.juridat.be, P. 07.0920.N ; Cass., 8 février 2005, www.juridat.be, P. 05.138.1

87. Voir *supra*, point I.2.4.

88. Cass., 3 juillet 2007, www.juridat.be, P. 07.0920.N, N.C., 2008, p. 102.

C. Examen de décisions

30. À l'occasion du contentieux de la détention préventive, les problèmes de procédures les plus divers ont été examinés, dans le cadre du contrôle de régularité de la procédure « disjoint », par les chambres des mises en accusation du Royaume. En voici un bref aperçu.

31. C'est ainsi sans succès que les éléments de procédure suivants ont été soumis à la chambre des mises en accusation.

1. Régularité d'une perquisition en application de l'article 6bis de la loi du 24 février 1921 sur les stupéfiants⁸⁹

Les inculpés soulevaient l'illégalité des perquisitions effectuées par des fonctionnaires de police, sans mandat de perquisition, dans des chambres d'hôtel qu'ils occupaient et qui avaient permis de découvrir 4 kg de cocaïne ainsi qu'un montant substantiel d'argent en liquide.

La Cour de cassation estime toutefois que l'article 6bis de la loi du 24 février 1921 permet la visite sans mandat de perquisition de tout lieu, quel qu'il soit, affecté à la vente ou à la délivrance de ces substances, dès lors que les enquêteurs disposent préalablement à la visite domiciliaire, d'indices sérieux et objectifs de l'existence d'une infraction relative à la détention illicite de stupéfiant en vue de la vente.

2. Nullité d'une méthode particulière de recherche⁹⁰

Un inculpé invoquait la nullité d'observations dont il aurait fait l'objet en violation de l'article 47sexies C.i.cr., pour en déduire qu'il n'existait dans son chef aucun indice sérieux de culpabilité légalement recueilli.

La chambre des mises en accusation décide, au terme d'un contrôle *prima facie* que la procédure ayant mené à la délivrance du mandat d'arrêt est régulière, dès lors qu'à supposer même que les observations soient irrégulières, il subsiste d'autres éléments d'enquête suffisants et réguliers autorisant la délivrance du mandat d'arrêt.

3. Vérification des méthodes particulières de recherche à l'occasion du contentieux de la détention préventive⁹¹

Un inculpé avait demandé à la chambre des mises en accusation de procéder à la vérification de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, à l'occasion d'un appel interjeté en matière de détention préventive.

Saisie sur pied des articles 136 et 235bis C.i.cr., la chambre des mises en accusation se limite à l'examen de la régularité sur la base du dossier pénal, et donc sans avoir égard au dossier confidentiel, au demeurant inaccessible à ce stade de la procédure.

La Cour de cassation ajoute il n'y a aucune raison de contrôler dès ce stade de l'instruction, à la seule requête de l'inculpé, la régularité d'une observation.

4. Nullité des poursuites en raison de provocation policière⁹²

L'inculpé invoquait la nullité de l'instruction judiciaire pour cause de provocation policière pour en déduire l'absence d'indices sérieux de culpabilité. Ce à quoi la chambre des mises en accusation avait répondu que les indices sérieux de culpabilité n'ont pas été obtenus de manière illicite et que dans l'état actuel de l'instruction, il n'est question d'une provocation policière interdite.

5. Informations provenant d'un dossier protectionnel du tribunal de la jeunesse⁹³

Des poursuites pour faits de mœurs sont initiées par le ministère public, sur la base d'informations recueillies dans un dossier protectionnel « jeunesse » (article 36,2° de la loi du 8 avril 1965). Mandat d'arrêt est décerné contre l'inculpé.

La chambre des mises en accusation, saisie du contrôle de la détention préventive, examine la régularité de la procédure, sur pied de l'article 235bis C.i.cr. et estime qu'effectivement trois procès-verbaux rédigés par le procureur du Roi qui font référence aux rapports d'expertise établis dans le cadre du dossier du tribunal de la jeunesse sont nuls et doivent être retirés du dossier mais que la procédure est régulière pour le surplus.

La question posée à la Cour de cassation est dès lors de savoir si le procureur du Roi pouvait initier des poursuites sur la base du contenu de telles pièces.

La Cour de cassation considère que la nullité éventuelle d'un procès-verbal établi par le ministère public sur la base de pièces inhérentes à un dossier ouvert auprès du tribunal de la jeunesse ne saurait, en tout état de cause, s'étendre à la constatation qu'une infraction paraît avoir été commise ou est en train de se commettre et qu'il y a lieu en conséquence d'effectuer les actes d'information ou d'instruction propres à en recueillir la preuve ou à y mettre un terme.

89. Cass., 4 janvier 2006, www.juridat.be, P. 05.1417.F, avec conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

90. Cass., 9 novembre 2005, www.juridat.be, P. 05.1378.F.

91. Cass., 24 janvier 2006, www.juridat.be, P. 06.0082.N.

92. Cass., 20 février 2001, www.juridat.be, P. 01.0235.N.

93. Cass., 19 octobre 2005, www.juridat.be, P. 05.1287.F, avec conclusions de l'avocat-général D. VANDERMEERSCH.

6. Nullité d'une ordonnance rendue par la chambre du conseil⁹⁴

L'inculpé soutenait que sa détention était entachée d'irrégularité en raison d'un faux commis par la chambre du conseil lors de la première comparution.

La Cour de cassation s'en tient, une fois de plus, à son approche classique : le contrôle prévu à l'article 235bis C.i.cr. concerne les actes d'instruction proprement dits, à l'exclusion des pièces relatives à la détention préventive pour laquelle le législateur a prévu une procédure distincte.

32. Ont, par contre, été invoquées avec succès les irrégularités suivantes.

7. Absence d'ordonnance prescrivant des écoutes téléphoniques⁹⁵

Lorsque les indices sérieux de culpabilité qui justifient une détention préventive ont été recueillis à la suite d'écoutes téléphoniques, l'ordonnance prescrivant celles-ci doit figurer, fût-ce en copie, dans le dossier sur la base duquel l'inculpé a été placé sous mandat d'arrêt. À défaut de pouvoir examiner ce document et en vérifier la régularité, les juridictions d'instruction ne sont pas à même d'effectuer le contrôle qui leur incombe ni l'inculpé d'exercer à cet égard ses droits de défense.

8. Violation des règles applicables en matière de dessaisissement (article 38 loi du 8 avril 1965)⁹⁶

Un inculpé est placé en détention préventive pour des faits commis après une condamnation prononcée par le tribunal correctionnel pour des faits pour lesquels il avait fait l'objet d'un jugement de dessaisissement mais qui n'était pas définitive au moment de la délivrance du mandat d'arrêt.

Or, aux termes de l'article 38, alinéa 3, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, toute personne qui a fait l'objet d'une décision de dessaisissement prononcée en application dudit article devient justiciable de la juridiction ordinaire pour les poursuites relatives aux faits commis à partir du lendemain du jour de sa condamnation définitive par la juridiction compétente ; la décision est définitive au sens de cette disposition lorsqu'elle n'est plus susceptible d'un recours ordinaire, que celui-ci soit formé par le mineur ou par le ministère public.

94. Cass., 16 janvier 2008, www.juridat.be, P. 08.0061.F.

95. Cass., 1^{er} juin 2005, www.juridat.be, P. 05.0725.F.

96. Cass. 16 janvier 2002 www.juridat.be P. 02.0002.F

9. Impartialité du juge d'instruction – Défaut de sanction à l'irrégularité constatée⁹⁷

Un inculpé invoquait l'irrecevabilité des poursuites au motif, notamment, que le juge d'instruction qui l'avait interrogé avant de le placer sous mandat d'arrêt avait, antérieurement, exercé dans la cause les fonctions du ministère public.

Saisie d'un appel en matière de détention préventive, la chambre des mises en accusation confirme la détention.

Contrôlant à cette occasion la régularité de la procédure, elle estime que l'irrégularité des actes ponctuels posés par le juge d'instruction n'est pas telle que l'on doive en conclure que les poursuites sont irrecevables.

La Cour de cassation casse cette dernière décision, relevant que l'arrêt omet de préciser, en ce qui concerne cet acte de l'instruction préparatoire, la sanction qu'il convient d'attacher à l'irrégularité qu'il dit constater.

33. Enfin, certaines irrégularités d'actes d'instruction invoquées n'ont pu être accueillies en raison du fait qu'elles étaient mal « aiguillées ».

- Ainsi en est-il d'un inculpé qui faisait valoir, à l'occasion de l'examen du maintien de sa détention préventive par la chambre des mises en accusation, qu'un courrier protégé par le secret professionnel de l'avocat devait être écarté du dossier répressif et qu'il convenait d'annuler la saisie de ce document ainsi que de tous les éléments de preuve qui en découlaient, parmi lesquels les procès-verbaux d'audition. Toutefois il ne liait pas cette prétendue nullité à l'existence ou non d'indices sérieux de culpabilité justifiant son maintien en détention préventive. L'arrêt de la chambre des mises en accusation ne statue que sur la détention préventive et décide que le moyen soulevé sur pied de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle sera examiné dans la procédure appropriée. La Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure et estime que ce contrôle ne doit pas nécessairement être exercé en même temps que la décision relative à la détention préventive mais peut être disjoint de l'examen de l'appel formé en matière de détention préventive ; que tel est le cas lorsque l'irrégularité dénoncée n'est pas susceptible de porter atteinte à la légalité de la décision relative à la détention préventive ou, si elle est susceptible de le faire, lorsque, après un examen *prima facie*, l'irrégularité ne semble pas immédiatement fondée⁹⁸.
- Il en va de même d'un inculpé qui soutient qu'il a été placé sous mandat d'arrêt sur la base d'un témoignage anonyme recueilli en violation des dispositions des articles 86bis et suivants C.i.cr., de telle sorte que, selon lui, les actes subséquents accomplis par le juge d'instruction, dont notamment le mandat d'arrêt, sont nuls.

97. Cass. 6 septembre, 2000, *Pas.*, 2000, I, 447.

98. Cass. 8 février 2005, www.juridat.be, P. 05.138.N.

La Cour de cassation estime qu'il se prévaut de la nullité d'un acte d'instruction et de la procédure fondée sur cet acte afin d'en déduire qu'il n'existait aucun indice de culpabilité justifiant le mandat d'arrêt décerné contre lui. Vu qu'il n'invoque pas une irrégularité, une omission ou une nullité concernant les conditions légales permettant de délivrer un mandat d'arrêt, la juridiction d'instruction peut procéder à un examen *prima facie* de l'irrégularité invoquée et renvoyer la cause à une audience ultérieure pour se prononcer sur la régularité de l'instruction en application de l'article 235bis du C.i.cr. 99.

11.1.3 Observations critiques relativement au contrôle de la procédure à l'occasion du contentieux de la détention préventive

34. Le « découplage » du débat sur la régularité de la procédure présente de réels inconvénients :

- il pénalise tout d'abord l'inculpé qui, aux termes d'un contrôle de régularité de prime abord, reste très souvent (et peut-être irrégulièrement) détenu ;
- il diffère dans le temps l'examen de questions de procédure qui doivent trouver une réponse immédiate. Or le recours au mécanisme de contrôle prévu à l'article 235bis C.i.cr. est lourd et complexe. Pour rappel, si la chambre des mises en accusation entend faire usage des prérogatives qui lui sont reconnues par l'article 235bis C.i.cr., elle doit se conformer aux règles prévues par cette disposition 100. Comme nous l'avons déjà vu, ceci implique, notamment, que toutes les parties au procès pénal (ministère public, parties civiles, inculpés) doivent être appelées à la cause et entendues en leurs observations ;

- il maintient la procédure pénale dans une situation d'insécurité juridique. Le fait de ne pas décider ou de décider « au provisoire » qu'une irrégularité en est une mais « *prima facie* » fait peser une épée de Damoclès sur la suite de la procédure.

35. L'affaire tranchée par la Cour de cassation, par arrêt du 29 juin 2010 101, mérite qu'on s'y arrête car elle concentre tous les reproches que l'on peut formuler à l'égard du mécanisme de purge telle qu'il existe actuellement.

Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit :

99. Cass., 2 mars 2005, www.juridat.be, P. 05.0242.F.

100. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1082.

101. Cass., 29 juin 2010, www.juridat.be, P. 10.0006.N., avec conclusions de l'avocat général DE SWAFF.

- à l'occasion de la première comparution devant les juridictions d'instruction, les inculpés ont contesté la régularité de perquisitions effectuées au domicile de l'un d'entre eux ;
- par arrêt du 23 juin 2009, la chambre des mises en accusation décide de ne pas maintenir la détention préventive des inculpés en estimant que les mandats de perquisition ne sont pas réguliers (notamment en l'absence d'indications permettant à la personne visée par la perquisition de disposer d'une information suffisante sur les poursuites à l'origine de l'opération 102) ;
- elle décide de différer le contrôle de la régularité de la procédure en application de l'article 235bis C.i.cr. ;
- par arrêt du 1^{er} décembre 2009, la même chambre des mises en accusation décide que bien que les mandats de perquisition étaient irréguliers, en la forme, cette irrégularité a été « annulée » par la manière dont ils ont été exécutés.

Les inculpés se sont pourvus contre cet arrêt. Parmi les nombreux moyens développés devant la Cour de cassation, ils invoquaient l'autorité de chose jugée qui s'attachait à la première décision qui avait déclaré irréguliers les mandats de perquisition. La Cour répond que, d'une part, l'autorité de chose jugée ne s'étend qu'à la régularité du mandat d'arrêt et que, d'autre part, l'arrêt rendu sur pied de l'article 235bis C.i.cr. ne décide pas que les mandats de perquisition sont réguliers mais seulement que l'irrégularité dont ils ont été affectés a disparu en raison de la manière dont ils ont été exécutés.

36. Indépendamment de la question de l'exclusion de la preuve obtenue de manière irrégulière 103, cet arrêt souligne la situation paradoxale à laquelle l'on peut arriver en scindant le contrôle de la régularité de la procédure : la même juridiction peut finalement décider d'une chose et de son contraire sans qu'elle soit tenue par sa propre décision antérieure !

11.2 Le contrôle des détentions préventives de plus de six mois en application de l'article 136ter C.i.cr.

11.2.1 Introduction

37. L'article 136ter C.i.cr prévoit un contrôle particulier de la chambre des mises en accusations sur les instructions dans lesquelles une détention préventive a été

102. Cas., 11 janvier 2006, *Pas.* 2006, I, 29, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 591, avec note d'A. JACOBS.

103. Pour un *status questiois*, voir Cass. 29 juin 2010, www.juridat.be, P. 10.0006.N., conclusions

ordonnée et pour lesquelles le règlement de la procédure n'est pas intervenu dans les six mois à compter de la délivrance du mandat d'arrêt¹⁰⁴.

Le contrôle exercé par la chambre des mises en accusation est obligatoire lorsque les faits sont correctionnalisables. Dans l'hypothèse de faits non correctionnalisables, le contrôle ne s'opère qu'à la requête expresse de l'inculpé¹⁰⁵.

11.2.2 Modalités et étendue du contrôle des détentions de plus de six mois

38. La procédure, telle que prévue par l'article 136ter C.i.cr. présente de nombreuses lacunes : elle ne prévoit rien concernant l'accès au dossier répressif et ne fixe pas de délai endéans lequel la chambre des mises en accusation doit connaître de l'affaire.

La procédure est contradictoire : le procureur général, le juge d'instruction, l'inculpé détenu et la partie civile sont entendus. La présence de la partie civile peut surprendre dans un débat qui ne concerne que la détention préventive alors même que celle de coinceps non détenus n'est pas prévue¹⁰⁶.

Le contrôle opéré par la chambre des mises en accusation porte tant sur la nécessité ou non du maintien de la détention préventive que le bon déroulement de l'instruction. Elle peut, à cette occasion, prendre les mesures prévues par les articles 136, 235 et 235bis C.i.cr.

L'application de cette procédure n'a pas d'incidence sur les délais dans lesquels les juridictions d'instruction statuent sur le maintien de la détention préventive.

Si la chambre des mises en accusation décide de maintenir la détention préventive, l'arrêt forme un titre de privation de liberté pour une durée d'un mois à partir de la décision et de trois mois pour les crimes non correctionnalisables.

III

Conclusions

39. Au final, le tableau dressé concernant les différentes possibilités de contrôle de la régularité de la procédure durant la détention préventive laisse songeur, voire perplexe.

Certes les mécanismes de contrôle existent, ils sont même nombreux mais, en définitive, l'on peut légitimement s'inquiéter de leur efficacité réelle.

Le contrôle de la régularité de la procédure apparaît comme morcelé, fragmenté et, pour dire le vrai, très peu accessible à l'inculpé.

A chaque stade de la procédure, l'on se rend compte que l'accent est mis sur le côté provisoire, limité, sommaire du contrôle de régularité et que rien n'est jamais acquis. Un peu comme si le fait qu'une personne soit détenue, bien loin de renforcer les garanties procédurales dont elle dispose, les affaiblissait.

Nous voulons néanmoins croire que l'utilisation adéquate et combinée des différents outils à disposition des praticiens (pour rappel, contrôle de régularité dans les cinq jours, contrôle de régularité des indices sérieux de culpabilité et contrôle de régularité en application de l'article 235bis C.i.cr.) permet d'éviter, en droit belge positif, qu'une détention illicite/irrégulière ne se prolonge indûment.

Bruxelles, le 17 novembre 2010

104. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 632 ; O. MICHELS, D. CHICOYAN et P. THEVISSEN, *op. cit.*, pp. 87-89.

105. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1094.