

**Cour de cassation (2<sup>e</sup> ch., F.),****10 février 2021,****P.21.0163.F.**

Président : M. Dejemepe, président de section,

Rapporteur : F. Lugentz, conseiller,

Ministère public : M. Nolet de Brauwere, avocat général,

Pl. : M<sup>e</sup> A. Gruwez (du barreau de Bruxelles).

**DÉTENTION PRÉVENTIVE – mandat d’arrêt – moyen de contrainte – stigmatisation du refus de collaborer à l’enquête – violation irrémédiable d’une condition de fond du titre de détention**

*L’interdiction du recours à la détention préventive comme moyen de contrainte est la conséquence du droit au silence reconnu à tout inculpé, lequel découle lui-même de l’obligation, à laquelle sont tenues les autorités judiciaires, de respecter la présomption d’innocence de ce dernier. La méconnaissance de cette interdiction affecte une condition de fond du titre de détention et non seulement sa formulation, de sorte que les juridictions d’instruction ne sont pas habilitées à y apporter remède<sup>1, 2</sup>. (Conv. D.H., art. 6.2 ; L. 20 juillet 1990, art. 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3)*



**Jurisquare**

**aangeboden door/présenté par**

**aangeboden door/présenté par**

**Jurisquare**



1 Voir M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Charte, 9<sup>e</sup> éd., 2021, t. I, pp. 1071-1072 ; B. DEJEMEPE, « La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive », *J.T.*, 1990, p. 587, qui distingue la double condition négative édictée à l’article 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi relative à la détention préventive et les conditions « positives » énumérées aux alinéas 1<sup>er</sup> et 4 ; P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *R.P.D.B.*, Bruylant, 2014, n<sup>os</sup> 145-149 ; concl. partiellement contraires du MP, qui a conclu en l’espèce, à titre principal, à la cassation *avec* renvoi.

2 Voy. la note, ci-après, de M. O. MICHIELS. Cet arrêt s’inscrit dans la logique de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle à propos de la détention préventive et de la sanction de l’irrégularité du mandat d’arrêt. Ainsi, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt n<sup>o</sup> 91/2018, du 5 juillet 2018, a annulé la disposition qui avait modifié la loi relative à la détention préventive pour y supprimer la sanction (remise en liberté de l’inculpé) notamment lorsque le mandat d’arrêt n’avait pas été signé par le juge d’instruction : l’absence de sanction d’une telle irrégularité fut jugée inconstitutionnelle.

Dans le cas d’espèce, la sanction consistera également, *de facto*, dans la remise en liberté de l’inculpé et cet état de fait découle de la circonstance que la Cour de cassation casse « sans renvoi » l’arrêt de la chambre des mises en accusation. À cet égard, R. DECLERCQ indique qu’exceptionnellement, lorsque la Cour constate que toute détention préventive est légalement exclue, la cassation a lieu sans renvoi et le ministère public doit comprendre qu’il faut remettre l’inculpé en liberté (R. DECLERCQ, *Pourvoi en cassation en matière répressive*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 747). Illustrant ces hypothèses de cassation sans renvoi, cet auteur visait précisément celle où c’est le mandat d’arrêt qui, selon la Cour, ne pouvait être déclaré valable (*ibid.*, p. 748, n<sup>o</sup> 1211, citant Cass., 20 août 1996, *Pas.*, n<sup>o</sup> 281), à la condition, précise R. DECLERCQ, que ce vice du mandat d’arrêt ne soit pas réparable par la juridiction d’instruction. Il en fut d’ailleurs déjà précédemment ainsi, dans une affaire où la Cour dut constater que l’audition préalable de l’inculpé par le juge d’instruction avait eu lieu sans l’assistance d’un avocat et alors qu’il n’était pas établi que l’inculpé y avait renoncé ; là aussi, c’est une condition de fond du mandat d’arrêt qui avait été méconnue : Cass., 18 juin 2013, P.13.1022.N, *R.W.*, 2013-14, pp. 861 et s., note B. DE SMET, « Recht op bijstand van een advocaat voor de onderzoeksrechter tijdens een verhoor voorafgaand aan het bevel tot aanhouding ». C’est ce qu’a également constaté la Cour en l’espèce.

(N.T.)

Conclusions de M. l'avocat général M. Nolet de Brauwere :

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu le 29 janvier 2021 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre des mises en accusation, statuant en degré d'appel.

## I. Antécédents de la procédure

Il résulte de l'arrêt attaqué que les principales circonstances de la cause utiles à l'examen du pourvoi peuvent être résumées comme suit.

Le demandeur a été placé sous mandat d'arrêt le 12 janvier 2021 du chef de la prévention d'avoir détenu et cultivé illégalement du cannabis.

Par ordonnance du 14 janvier 2021, la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles a maintenu la détention préventive pour un mois.

Le 15 janvier 2021, le conseil du demandeur a interjeté appel de cette ordonnance.

Statuant sur cet appel, l'arrêt attaqué reçoit l'appel, le dit partiellement fondé, met à néant l'ordonnance entreprise et, statuant par voie de dispositions nouvelles, ordonne le maintien de la détention préventive du demandeur en prison.

## II. Partie critiquée de l'arrêt attaqué

Aux termes du mandat d'arrêt querellé, « une mise en liberté provisoire, moyennant le respect de conditions, ou une détention exercée sous la modalité de la surveillance électronique, ne s'indique pas à ce stade de la procédure, car elle ne présente pas les garanties suffisantes pour la sécurité publique, *a fortiori au regard du manque apparent de collaboration* [du demandeur] ».

L'arrêt considère que, comme le demandeur l'a fait valoir, cette phrase constitue incontestablement « une forme de *contrainte* qui est de nature à entraîner une violation de la présomption d'innocence [du demandeur] ».

Mais les juges d'appel ont considéré que cette irrégularité « peut être corrigée, une libération sous conditions ou une détention sous la modalité de la surveillance électronique ne s'indiquant pas à ce stade de l'enquête car ces mesures ne sont pas de nature à obvier au risque de collusion ou au risque de fuite de l'inculpé ».

## III. Examen du pourvoi

Le demandeur invoque deux moyens.



*Sur le premier moyen, pris de la violation de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi relative à la détention préventive :*

1. Le premier moyen reproche à l'arrêt de méconnaître l'article 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi relative à la détention préventive, qui dispose que la mesure que constitue le mandat d'arrêt « ne peut être prise dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte ».

Cette règle « apparaît comme la conséquence du droit au silence, reconnu à tout inculpé »<sup>1</sup>.

Il s'agit d'une double « condition de fond »<sup>2</sup> – « négative »<sup>3</sup> – de la délivrance du mandat d'arrêt.

2. Les juges d'appel ont considéré que le mandat d'arrêt viole cette disposition en ce qu'il tient compte du « manque apparent de collaboration » du demandeur pour lui refuser une mise en liberté provisoire<sup>4</sup> et la modalité de la surveillance électronique<sup>5</sup>.

3. Ce vice est-il irrémédiable, ou les juges d'appel pouvaient-ils, comme ils l'ont fait, corriger le motif erroné ?

4. Avant le motif critiqué – qui ne porte que sur la décision de faire exécuter le mandat d'arrêt *en prison* –, le mandat d'arrêt motive sa décision quant à « l'absolue nécessité pour la sécurité publique » de ce mandat<sup>6</sup>.

Et le moyen ne critique pas l'arrêt à cet égard.

Mais il me paraît que la double condition négative susdite s'applique à l'ensemble du mandat d'arrêt, y compris au refus d'une mise en liberté provisoire et d'une détention exercée sous la modalité de la surveillance, qui ne saurait être décidé dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte.

Partant, selon moi, le motif critiqué exprime en effet une « forme de contrainte » prohibée par l'article 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3.

1 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Chartre, 9e éd., 2021, t. I, p. 1071.

2 *Ibid.*

3 B. DEJEMEPPE, « La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive », *J.T.*, 1990, p. 587, qui la distingue des conditions « positives » énumérées dans le même paragraphe (générales et particulières, respectivement aux alinéas 1<sup>er</sup> et 4).

4 Art. 35 de la loi relative à la détention préventive.

5 Art. 16, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la loi relative à la détention préventive.

6 Par l'aide indispensable qu'il aurait apportée à une vaste association de malfaiteurs en fournissant de la nourriture aux « jardiniers », le danger pour la population que représente le marché de la drogue et le risque que le demandeur « commette de nouveaux crimes et délits vu le caractère particulièrement lucratif des cultures de stupéfiants et ses addictions déclarées » et entre en collusion avec les personnes visées par l'instruction restant à identifier et/ou entendre.



**1<sup>re</sup> solution : rejet**

5. « Les juridictions d'instruction qui sont appelées à examiner la légalité du mandat d'arrêt ont le pouvoir d'en corriger les motifs, soit en remplaçant un motif erroné par un motif exact, soit en rectifiant les erreurs éventuelles dont le mandat serait entaché, pour autant qu'elles ne constituent pas un vice irréparable. La méconnaissance de la présomption d'innocence par le juge d'instruction n'est pas un manquement irrémédiable et n'induit pas en soi le caractère arbitraire de la privation de liberté »<sup>7</sup>.

6. L'arrêt invoque à cet égard l'arrêt du 21 janvier 2004, qui constate que « les circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité de l'inculpé, décrites au mandat d'arrêt comme justifiant le maintien de la détention préventive, ne cessent pas d'exister pour la seule raison que leur formulation serait entachée d'un tel vice ; (...) sans plus se prononcer sur la culpabilité du demandeur, les juges d'appel ont substitué, au motif par lequel le juge d'instruction avait décidé que les conditions de la légitime défense *n'étaient pas* réunies, la considération suivant laquelle "(...) dans l'état actuel de la cause, *il ne paraît pas qu'il aurait agi en état de légitime défense (...)*" ; (...) ainsi, les juges d'appel ont motivé leur décision conformément à l'article 16, § 5, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, sans méconnaître la présomption d'innocence du demandeur ni violer les articles 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, et 21, § 4, de ladite loi »<sup>8</sup>.

Cet arrêt constate ainsi la possibilité, pour les juridictions d'instructions, de corriger une *formulation* du mandat d'arrêt qui viole la présomption d'innocence de l'inculpé, tout comme lorsque le juge d'instruction utilise l'indicatif au lieu du conditionnel.

Mais cette faculté s'étend-elle au mandat d'arrêt qui méconnaîtrait l'article 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi relative à la détention préventive ?

7. Plusieurs auteurs soutiennent que le vice affectant le mandat d'arrêt quant à la violation de l'interdiction de le décerner dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte peut être réparé par les juridictions d'instruction<sup>9</sup>.

C'est ce qu'ont fait les juges d'appel.

Pourtant, à suivre cette thèse, le moyen ne peut être accueilli.

7 Cass., 19 octobre 2016, RG P.16.0999.F, *Pas.*, 2016, n° 589 ; Cass., 27 mai 2015, *Pas.*, 2015, RG P.15.0707.F, n° 348 ; voir Cass., 5 novembre 1997, RG P.97.1344.F, *Pas.*, 1997, n° 453 et Cass., 21 janvier 2004, RG P.04.0069.F, *Pas.*, 2004, n° 36, avec les concl. de M. SPREUTELS, avocat général.

8 Cass., 21 janvier 2004, RG P.04.0069.F, *Pas.*, 2004, n° 36 (cité par l'arrêt attaqué) ; voir Cass., 23 juin 1994, RG P.94.0808.N, *Pas.*, 1994, n° 331.

9 O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSSEN, *La détention préventive*, Limal, Anthemis, 2010, p. 31 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 685-686 ; R. DECLERCO, *Beginselen van Strafrechtspleging*, 6<sup>e</sup> éd., Malines, Kluwer, 2014, n° 1128.



## 2<sup>e</sup> solution : cassation

8. Cependant, d'autres auteurs considèrent que, « à supposer que le justiciable démontre que la mesure dont il a été l'objet trouve sa cause dans [le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte], il s'ensuivrait que le titre de détention serait irrévocablement vicié »<sup>10</sup> et que, dès lors, « les juridictions d'instruction ne sont pas habilitées à remédier à ce vice »<sup>11</sup>, celui-ci procédant d'une absence de motif quant à une *condition de fond* du mandat d'arrêt<sup>12</sup> et non d'une *formulation* erronée d'un motif, qui est réparable<sup>13</sup>.

### (1) Cassation sans renvoi

9. Si l'on fait abstraction des mots « *a fortiori* », l'exigence pour la sécurité publique du maintien du demandeur en prison étant exclusivement fondé sur son manque apparent de collaboration, l'arrêt doit être cassé sans renvoi – ce qui est exceptionnel en matière de détention préventive, soit « lorsque la Cour constate que toute détention préventive est légalement exclue »<sup>14</sup> – et le second moyen ne doit dès lors pas être examiné.

Il en est de même si la Cour considère soit que nonobstant les mots « *a fortiori* », le motif critiqué laisse apparaître que le maintien de la détention *en prison* a été décidé dans le *seul* but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte, soit que l'existence d'un autre motif ne permet pas de réparer le vice.

### (2) Cassation avec renvoi

10. Selon moi, la Cour ne peut exclure qu'en cas de cassation avec renvoi, le juge de renvoi déduise des mots « *a fortiori* » que le motif lié au « manque apparent de collaboration » du demandeur est *surabondant*, et qu'ils corrigent s'il échet le surplus du motif.

Certes, par arrêt n° 91/2018 du 5 juillet 2018, la Cour constitutionnelle a annulé la suppression de la sanction – la mise en liberté de l'inculpé – du défaut de mention, dans le mandat d'arrêt, « des circonstances de fait de la cause et celles liées à la personnalité qui justifient la détention préventive eu égard aux critères prévus par [l'article 16, § 1<sup>er</sup>, de la loi relative à la détention préventive] »<sup>15</sup> : « il peut être

10 B. DEJEMEPPE, *op. cit.*

11 M.-A. BEERNAERT e.a., *op. cit.*, p. 1072 ; T. DESCHEPPER, « Het aanhoudingsbevel », in B. DEJEMEPPE et D. MERCKX (dir.), *De voorlopige hechtenis*, Malines, Kluwer, 1990, p. 124. Ces auteurs se réfèrent à B. DEJEMEPPE, *op. cit.*

12 Cf. *supra*.

13 Cf. *infra*.

14 Voir R. DECLERCQ, « Pourvoi en cassation en matière répressive », *R.P.D.B.*, 2015, n° 1211.

15 La disposition annulée – l'article 7, 4° et 5°, de la loi du 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire – avait supprimé la phrase contenue à l'article 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive aux termes de laquelle la personne privée de liberté doit être remise en liberté s'il s'avère que le mandat d'arrêt n'est pas motivé (article 16, § 5, alinéa 2) ou n'est pas signé par le juge d'instruction (article 16, § 6, alinéa 1<sup>er</sup>).



admis que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « les juridictions d'instruction qui sont appelées à examiner la légalité du mandat d'arrêt, ont le pouvoir d'en corriger les motifs soit en remplaçant un motif erroné par un motif exact, soit en rectifiant les erreurs éventuelles dont le mandat serait entaché, *pour autant [qu'] elles ne constituent pas un vice irréparable* » (Cass. 27 mai 2015, *Pas.* 2015, n° 348). La disposition attaquée, en permettant que le mandat d'arrêt ne comporte pas de motivation, viole toutefois l'article 12 de la Constitution »<sup>16</sup>.

Mais expurgé de sa partie surabondante, le motif litigieux subsiste ainsi : « une mise en liberté provisoire, moyennant le respect de conditions ou une détention exercée sous la modalité de la surveillance électronique, ne s'indique pas à ce stade de la procédure, car elles ne présentent pas les garanties suffisantes pour la sécurité publique ».

J'en déduis qu'il n'y a pas *absence* de motivation sur ce point, et que l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle ne fait pas obstacle à la *correction*, au besoin, de ce motif, comme le fait l'arrêt attaqué en constatant, pour justifier la nécessité du maintien du demandeur *en prison*, que le risque pour la sécurité publique – que le mandat d'arrêt motive quant à sa délivrance même – procède du *risque de collusion* – lui aussi déjà constaté par le mandat d'arrêt pour justifier celui-ci – et du risque de fuite.

11. Ainsi, l'arrêt du 11 septembre 1979 énonce qu' « en se bornant à mentionner, en dehors du cas où le fait peut entraîner la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans ou une peine plus grave, que l'inculpé a sa résidence en Belgique, qu'en dépit des déclarations formelles d'un tiers il *persiste à nier* les faits, qu'il *fait preuve d'obstination nonobstant les éléments de fait*, que les faits sont graves et que, s'il était mis en liberté, il pourrait entraver l'instruction, le mandat d'arrêt et la décision de la juridiction d'instruction confirmant *sans autre motif* dans les cinq jours le mandat d'arrêt ne spécifient pas les circonstances graves et exceptionnelles, intéressant la sécurité publique, qui, étant propres à la cause ou à la personnalité de l'inculpé, motivent l'arrestation »<sup>17</sup>.

12. Faut-il en déduire que, dans ce cas, le moyen ne peut être accueilli ?

Rappelons que l'arrêt ne considère pas que le motif critiqué est surabondant mais qu'il « constitue une forme de contrainte qui est de nature à entraîner une violation de la présomption d'innocence de l'inculpé » et, partant, viole l'article 16, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi relative à la détention préventive.

Or, si l'on suit les auteurs qui considèrent que les juges d'appel ne pouvaient réparer un tel vice du mandat d'arrêt, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision, et le moyen est fondé à cet égard.

<sup>16</sup> C.C., 5 juillet 2018, n° 91/2018, § B.6.

<sup>17</sup> Cass., 11 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 13.



13. Cependant, dans ce cas, la cassation me paraît devoir s'opérer *avec renvoi* car il ne me paraît pas exclu à ce stade que le juge de renvoi puisse remédier au vice s'il considère que la partie critiquée du motif litigieux est surabondante, ce que l'arrêt ne constate pas.

(...)

## ARRÊT

### I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu le 29 janvier 2021 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre des mises en accusation.

(...)

### II. La décision de la Cour

En tant qu'il est dirigé contre la décision d'annulation de l'ordonnance de la chambre du conseil, le pourvoi, dépourvu d'intérêt, est irrecevable.

#### *Sur le premier moyen :*

Le demandeur reproche aux juges d'appel d'avoir décidé le maintien de sa détention préventive alors que c'est illégalement que le mandat d'arrêt, dont le contrôle était déferé à la cour d'appel, a ordonné son placement en détention en constatant que la sécurité publique s'opposait à sa mise en liberté moyennant le respect de conditions et à son placement en détention sous la modalité de la surveillance électronique. Selon le moyen, d'une part, le juge d'instruction n'a pu, sans violer la présomption d'innocence, décider que cette condition, visée à l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, était remplie en raison du « manque apparent de collaboration [du demandeur] », et, d'autre part, après avoir constaté que pareille motivation s'apparentait à l'exercice d'une forme de contrainte, les juges d'appel n'ont pu légalement décider qu'il leur était possible d'y remédier.

L'article 6.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

L'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi relative à la détention préventive prévoit qu'en cas d'absolue nécessité pour la sécurité publique seulement, et si le fait est de nature à entraîner pour l'inculpé un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus grave, le juge d'instruction peut décerner un mandat d'arrêt.



Conformément à l'alinéa 3, cette mesure ne peut être prise dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte.

L'interdiction du recours à la détention préventive comme moyen de contrainte est la conséquence du droit au silence reconnu à tout inculpé, lequel découle lui-même de l'obligation, à laquelle sont tenues les autorités judiciaires, de respecter la présomption d'innocence de ce dernier.

La méconnaissance de cette interdiction affecte une condition de fond du titre de détention et non seulement sa formulation, de sorte que les juridictions d'instruction ne sont pas habilitées à y apporter remède.

Après avoir rappelé les termes précités du mandat d'arrêt, l'arrêt attaqué énonce qu'il n'est pas contestable que ceux-ci constituent l'exercice d'une forme de contrainte, qui est de nature à entraîner une violation de la présomption d'innocence. Il décide ensuite que cette méconnaissance de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi relative à la détention préventive et du droit au silence du demandeur peut cependant être corrigée, dès lors que d'autres conditions de la détention préventive sont réunies.

Partant, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision d'ordonner le maintien de la détention préventive du demandeur.

Le moyen est fondé.

(...)

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il ordonne le maintien du demandeur en détention préventive ;

(...)

aangeboden door/présenté par  
Jurisquare



aangeboden door/présenté par  
Jurisquare

## Note

# Quelle sanction pour la violation de l'interdiction de décerner un mandat d'arrêt dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte ?

## I. Introduction

1. Faut-il encore le rappeler, la détention préventive est une mesure exceptionnelle et provisoire dès lors qu'elle contrarie le principe de liberté et la présomption d'innocence de l'inculpé. Elle est la solution ultime qui se justifie seulement lorsque toutes les autres options disponibles s'avèrent insuffisantes.

Nous le savons, la délivrance d'un mandat d'arrêt est soumise à des conditions de forme et de fond<sup>1</sup>. Pour demeurer au plus proche des enseignements qui découlent de l'arrêt commenté, seules ces dernières retiendront notre attention.

Elles sont énoncées à l'article 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. Après les avoir rapidement énumérées, nous nous attacherons tout particulièrement aux conséquences, au regard du contexte procédural dans lequel s'inscrit l'arrêt commenté, de la violation de la condition qui interdit le recours à la détention préventive dans le but d'exercer « une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte ». Pour ce faire, nous exposerons les thèses en présence et mettrons en lumière la position adoptée par la Cour de cassation. Une brève conclusion suivra.

## II. Les conditions de fond qui encadrent la délivrance d'un mandat d'arrêt

### A. L'existence d'indices sérieux de culpabilité

2. Le mandat d'arrêt est subordonné au constat de l'existence d'indices sérieux de culpabilité – il ne s'agit pas de charges et encore moins de preuves<sup>2</sup> – qui doivent être mentionnés de manière concrète dans cet acte et ne peuvent pas être fondés sur des éléments récoltés de manière irrégulière<sup>3</sup>. La Cour de cassation estime toutefois que les juridictions d'instruction sont en droit d'apprécier, en

1 Voy. notamment M.-A. BEERNAERT, *Détention préventive*, Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 37-71 ; O. MICHIELS et G. FALQUE, *Principes de procédure pénale*, Collection de la faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 305-312 ; H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Charte, 9<sup>e</sup> éd., 2021, pp. 1069-1099.

2 A. JACOBS, « Les notions d'indices et de charges en procédure pénale » obs. sous Ch. Cons. Verviers, 11 juillet 2000, J.L.M.B., 2001, p. 262.

3 L. KERZMANN, « Les droits du justiciable confronté à la détention préventive », *Les droits du justiciable face à la justice pénale*, CUP, vol. 171, Limal, Anthemis, 2017, pp. 157-158 ; Cass., 17 mai 1994, Pas., 1994, n° 246.



application de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, les conséquences à tirer du caractère irrégulier d'un acte d'instruction au regard de l'admissibilité des éléments de preuve obtenus à l'occasion de cet acte et ce sans qu'il ne puisse en être déduit que ces mêmes juridictions se soient fondées sur ce même article pour contrôler la légalité de l'arrestation précédant la délivrance du mandat d'arrêt<sup>4</sup>.

## B. Le seuil minimal de la peine

3. Seul un fait de nature à entraîner pour l'inculpé un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus grave peut fonder la délivrance d'un mandat d'arrêt<sup>5</sup>.

Ce seuil minimal de peine ne fait pas référence à la peine que pourrait prononcer le juge *in concreto* mais bien au maximum de la peine théorique, c'est-à-dire au maximum de la peine prévue *in abstracto* par la loi pour la qualification provisoirement retenue par le juge d'instruction<sup>6</sup>. Lorsque le suspect est poursuivi du chef de plusieurs infractions, il y a lieu de procéder non pas à un cumul des peines mais de se référer à la peine applicable au fait le plus grave<sup>7</sup>.

## C. L'absolue nécessité pour la sécurité publique

4. La délivrance du mandat d'arrêt doit être une nécessité absolue pour la sécurité publique.

Il faut d'emblée concéder que cette notion est floue et insatisfaisante tant il est difficile de lui donner un contenu concret et de la distinguer de notions telles que l'intérêt public, l'intérêt général, la paix publique, l'ordre public ou encore le danger social. Comme l'écrivent les professeurs Franchimont, Jacobs et Masset,

<sup>4</sup> Cass., 29 mai 2019, R.G. P.19.0546.F relatif à une perquisition jugée irrégulière ; l'arrêt rencontre le moyen qui faisait valoir que la chambre des mises en accusation ne pouvait pas appliquer l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Le moyen soutenait que cette disposition n'est applicable que si la contestation porte sur la régularité d'un élément de preuve, et non lorsqu'il concerne la légalité de la privation de liberté qui, comme en l'espèce, a été réalisée grâce à l'exécution d'un mandat de perquisition irrégulier. Le moyen précise que si le demandeur a contesté devant les juges d'appel la régularité de l'obtention des éléments de preuve découlant de la perquisition illégale, pour lesquels selon le moyen il y avait lieu d'appliquer l'article 32, le demandeur a également contesté la régularité de la privation de liberté qui a mené à la délivrance du mandat d'arrêt. Le moyen soulignait qu'il existe un lien de causalité évident entre la perquisition illégale et l'arrestation du demandeur à son domicile, de sorte que l'illégalité de cet acte d'instruction emporte celle de la privation de liberté, sans qu'il soit nécessaire d'appliquer les critères de l'article précité.

<sup>5</sup> Voy. Cass., 7 novembre 2012, R.G. P.12.1711.F sur le mandat d'arrêt décerné à charge d'une personne en raison de menaces par gestes, fait punissable, selon l'article 329 du Code pénal, d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois, pour lequel la Cour constate que la détention ne saurait être ordonnée ni maintenue de ce chef.

<sup>6</sup> O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSSEN, *La détention préventive*, Collection Criminalis, Limal, Anthemis, 2010, p. 30.

<sup>7</sup> M.-A. BEERNAERT, *Détention préventive, op. cit.*, p. 40.



« [l]a sécurité publique implique une dimension collective : l'intérêt menacé doit intéresser l'ordre social ou la collectivité dans son ensemble, même s'il se concrétise dans une situation particulière. Elle ne recouvre pas seulement la sécurité physique et matérielle des citoyens mais également leur sécurité psychologique et la notion beaucoup plus vague de paix publique »<sup>8</sup>.

Cette condition témoigne, en réalité, du caractère exceptionnel que doit revêtir la détention préventive. L'exigence d'une nécessité « absolue » renvoie, en effet, à l'impossibilité pour le magistrat instructeur de prévoir des mesures alternatives à la détention préventive. Dans cette optique, la détention préventive ne doit être ordonnée qu'en dernier recours, lorsque toutes autres mesures moins contraignantes pour l'individu échoueraient à donner les mêmes garanties.

#### **D. La crainte d'un risque visé par la loi en cas de peine ne dépassant pas 15 ans de réclusion (sous réserve des infractions terroristes passibles de plus de 5 ans d'emprisonnement)**

5. Lorsque la peine ne dépasse pas quinze ans de réclusion et pour les infractions terroristes dont la peine maximale ne dépasse pas cinq ans d'emprisonnement, le juge d'instruction doit constater qu'il y a des raisons sérieuses de craindre la réalisation d'un des trois risques suivants :

- Un danger de récidive, même s'il est étonnant d'évoquer un risque de commission de nouveaux crimes ou délits alors que l'inculpé est censé être, à ce stade, innocent<sup>9</sup> ;
- Un danger de voir l'inculpé se soustraire à l'action de la justice, c'est-à-dire un risque qu'il prenne la fuite ou qu'il ne se présente pas aux convocations des autorités policières et judiciaires ;
- Un danger que l'inculpé tente de faire disparaître des preuves ou entre en collusion avec des tiers, c'est-à-dire qu'il entrave la progression de l'enquête ou la contrecarre.

#### **E. L'interdiction de la détention préventive en vue d'une répression immédiate ou de toute autre forme de contrainte**

6. La détention préventive ne peut en aucun cas être ordonnée dans le but d'assurer une répression immédiate des faits ou dans le but de constituer toute autre forme de contrainte, comme par exemple pousser l'inculpé à concéder des aveux.

<sup>8</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 4<sup>e</sup> éd., 2012, p. 684.

<sup>9</sup> H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1.078.



Dit autrement, la détention préventive ne peut jamais être l'application anticipée d'une peine. Elle ne peut pas être une peine avant la peine, une peine sans procès<sup>10</sup>. Ce principe découle directement de la présomption d'innocence dont jouit chaque inculpé aussi longtemps qu'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation définitive, mais aussi des droits au silence et à ne pas s'auto-incriminer qui lui sont reconnus.

Mais quelle est concrètement la conséquence d'une violation de cette dernière condition de fond ?

C'est à cette question que répond l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 10 février 2021.

### III. La sanction de la violation de l'interdiction du recours à la détention préventive comme moyen de contrainte

7. Pour comprendre parfaitement la portée de l'arrêt commenté, il n'est pas inutile de rappeler le contexte procédural dans lequel il s'inscrit.

L'inculpé, demandeur en cassation, s'est vu délivrer un mandat d'arrêt qui en termes de motivation stigmatisait, pour rejeter une mise en liberté provisoire, son manque apparent de collaboration.

Si la chambre du conseil confirma ce mandat, la chambre des mises en accusation, quant à elle, estima que la référence au « manque apparent de collaboration » constituait une forme de contrainte de nature à entraîner une violation de la présomption d'innocence de l'inculpé.

Les magistrats de la cour d'appel n'en sont toutefois pas restés à ce constat et ils ont estimé que cette irrégularité pouvait être corrigée.

De prime abord, la position adoptée par la chambre des mises en accusation ne nous étonne guère. En effet, la Cour de cassation a déjà estimé que « Les juridictions d'instruction qui sont appelées à examiner la légalité du mandat d'arrêt ont le pouvoir d'en corriger les motifs, soit en remplaçant un motif erroné par un motif exact, soit en rectifiant les erreurs éventuelles dont le mandat serait entaché, pour autant qu'elles ne constituent pas un vice irréparable. La méconnaissance de la présomption d'innocence par le juge d'instruction n'est pas un manquement irrémédiable et n'induit pas en soi le caractère arbitraire de la privation de liberté »<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSSEN, *La détention préventive*, op. cit., p. 31.

<sup>11</sup> Cass., 19 octobre 2016, *Pas.*, 2016, n° 589 ; voy. également à ce propos M.-A. BEERNAERT, « Du – difficile – respect de la présomption d'innocence dans la motivation des décisions rendues en matière pénale », obs. sous Cass., 26 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 71-73.



Il nous faut cependant admettre qu'à notre connaissance la Cour de cassation ne s'était jamais expressément positionnée sur la question de savoir si les juridictions d'instruction disposaient de cette faculté de correction lors d'une violation de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi relative à la détention préventive qui interdit de décerner un mandat d'arrêt « dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte ».

Dit d'une autre façon, la méconnaissance de cette interdiction constitue-t-elle un vice susceptible d'être corrigé ou en revanche est-il irréparable ?

Cette question est d'autant plus importante qu'en l'espèce le mandat d'arrêt, après avoir motivé l'absolue nécessité pour la sécurité publique de maintenir la détention préventive, s'opposait à une remise en liberté moyennant le respect de conditions ou le placement en détention sous la modalité de la surveillance électronique. L'inculpé critiquait, du reste, la modalité de l'exécution en prison du mandat d'arrêt litigieux.

8. Deux thèses s'affrontaient en doctrine. La première estimait que le vice était réparable<sup>12</sup> par la substitution aux motifs erronés de motifs exacts. La seconde que le titre de détention était irréversiblement vicié<sup>13</sup> de sorte qu'il ne peut être question pour les juridictions d'instruction de réparer un tel vice qui procède d'une absence de motif quant à une condition de fond.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, le mandat d'arrêt reprenait précisément la motivation suivante : « une mise en liberté provisoire, moyennant le respect de conditions ou une détention exercée sous la modalité de la surveillance électronique, ne s'indique pas à ce stade de la procédure, car elle ne présente pas les garanties suffisantes pour la sécurité publique, *a fortiori* au regard du manque apparent de collaboration de l'inculpé ». Si, comme nous venons de le dire, la chambre des mises en accusation se démarqua de cette motivation au nom du respect de la présomption d'innocence, elle estima toutefois que cette irrégularité pouvait être corrigée en retenant qu'une alternative à la détention préventive n'est pas de nature « à obvier le risque de collusion ou le risque de fuite de l'inculpé ».

Sur le pourvoi de l'inculpé, la Cour de cassation cassa cet arrêt en rappelant que l'interdiction du recours à la détention préventive comme moyen de contrainte est la conséquence du droit au silence reconnu à tout inculpé, lequel découle lui-même de l'obligation, à laquelle sont tenues les autorités judiciaires, de respecter la présomption d'innocence de ce dernier.

12 O. MICHIELS, D. CHICHOYAN et P. THEVISSSEN, *La détention préventive*, *op. cit.*, p. 31 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 685-686 ; R. DECLERCO, *Beginselen van strafrechtspleging*, 6<sup>e</sup> éd., Malines, Kluwer, 2014, p. 490, n° 1128.

13 H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, tome I, 8<sup>e</sup> éd., Bruges, la Chartre, 2017, p. 1072 ; B. DEJEMEPPE, « La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive », *J.T.*, 1990, p. 587.



Pour la Haute Cour « la méconnaissance de cette interdiction affecte une condition de fond du titre de détention et non seulement sa formulation, de sorte que les juridictions d'instruction ne sont pas habilitées à y apporter remède ».

Il s'ensuit que dès l'instant où l'inculpé démontre que le mandat d'arrêt est motivé, en ce compris en tant qu'il refuse une mesure alternative à la détention préventive en prison, en méconnaissance de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi relative à la détention préventive, le titre de détention est irrémédiablement vicié.

9. Dans les conclusions qui précèdent l'arrêt commenté, l'avocat général Nolet de Brauwere soulignait que si la Cour s'orientait vers une cassation de la décision attaquée, elle disposait d'une alternative à savoir soit de ne pas renvoyer l'affaire devant une autre juridiction dès lors que le maintien de la détention en prison avait pour seul but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte, soit de renvoyer la cause en constatant qu'il n'y a pas d'absence de motivation et que celle-ci peut, dès lors, être corrigée<sup>14</sup>. Cette seconde branche de l'alternative, que l'on peut qualifier de médiane, autorisait une cassation avec renvoi et elle n'excluait de la sorte pas que le juge de renvoi puisse remédier au vice.

La Haute Cour opta toutefois pour une cassation sans renvoi en tirant de la sorte les conséquences inéluctables de l'existence d'un vice irréparable affectant le mandat d'arrêt.

En somme, le maintien d'une détention préventive qui est justifiée par un motif qui est l'expression d'une forme de contrainte qui méconnaît le prescrit de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi relative à la détention préventive, est lui aussi affecté du vice qui atteint de manière irrémédiable le titre de détention, une telle transgression ne pouvant être réparée par les juridictions d'instruction.

Partant, si à la lecture du mandat d'arrêt, il apparaît que la détention est dictée par des motifs qui permettent, sans conteste, de retenir qu'il est porté atteinte à la présomption d'innocence ou au droit silence de l'inculpé, ce mandat est entaché d'un vice qui devra inéluctablement entraîner une remise en liberté.

#### IV. Conclusion

10. La Cour de cassation tranche définitivement la question de la violation de la condition d'absolue nécessité pour la sécurité publique d'ordonner une privation de liberté lorsque le mandat d'arrêt paraît, par le biais d'une motivation qui heurte la présomption d'innocence entendue *sensu lato*, délivré pour exercer une forme de contrainte.

<sup>14</sup> L'avocat général NOLET DE BRAUWERE s'en référait notamment à C.C., 5 juillet 2018, n° 91/2018.



Si, dans les faits, il est généralement quasi impossible pour la défense de démontrer qu'un mandat d'arrêt a été délivré dans le but d'exercer une répression immédiate ou comme moyen de contrainte<sup>15</sup>, il paraît toutefois clair, à la lecture de l'arrêt commenté, qu'une motivation qui méconnaîtrait cette interdiction qui est, rappelons-le, une condition de fond du titre de détention, affecte ce dernier de manière irréversible.

La conséquence de ce constat est tout aussi inéluctable et les juridictions d'instruction, qui ne peuvent corriger ce vice, n'auront d'autre choix que de libérer l'inculpé.

Olivier MICHIELS,  
Président de chambre à la cour d'appel de Liège,  
Chargé de cours à l'ULiège



aangeboden door/présenté par  
Jurisquare

aangeboden door/présenté par  
Jurisquare



15 H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Chartre, 9<sup>e</sup> éd., 2021, p. 1.072.