

« *rechtspolitische Frage* » - au sens le plus noble du terme. Pour y répondre, tous les acteurs de la procédure devront transcender leur qualité de « juriste positiviste », montre qu'ils ont intériorisé les valeurs qui ont fait l'Etat de droit et la procédure pénale libérale. C'est donc aussi une question de formation des juristes⁹⁷. En ceci les juridictions suprêmes que sont la CEDH et la Cour constitutionnelle fédérale ont bien un rôle structurant et axiologique à jouer, endossant par là selon le mot du professeur Heike Jung la qualité de « *Social Agents* »⁹⁸. Et la discussion allemande s'achève souvent en montrant du doigt le coupable - car il faut toujours trouver un coupable - C'est largement le droit européen, entendons-ici le droit de l'Union Européenne, en mutation depuis le Traité de Lisbonne⁹⁹ : ce droit connaît pour ces auteurs critiques un trop grand décalage entre, d'une part, une dynamique répressive créatrice de nouvelles incriminations, de nouveaux outils d'enquête et de poursuite et de coopération alors que d'autre part résonne un silence assourdissant en matière de droits de la défense¹⁰⁰.

⁹⁷ W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, *loc.cit.*, p. 321.

⁹⁸ V. H. Jung, « *Funktionsstichtigkeit der Strafrechtspflege* » contra « *schützende Formen* », *loc.cit.*, p. 193.

⁹⁹ Voir Cour constit. féd., *BVerfG*, 2^e Sénat, arrêt du 30 juin 2009 - 2 BvE 2/08, NJW 2009, p. 2267 et s. (note Nettessheim, p. 2867 et s.) ; JZ 2009, avec des notes Gärditz/Hilgruber, p. 872 et s. et Claasen, p. 881 et s.

¹⁰⁰ Ainsi une décision-cadre sur les droits de la défense se fait encore attendre et même là, les différentes ébauches de ce texte ne prévoient que le minimum syndical puisqu'il ne prône même pas le principe *nemo tenetur*. Voir par ex. M. Mansdörfer, *Synopse des für das europäische Strafrecht relevanten europäischen Primärrechts nach dem Vertrag von Lissabon mit der Rechtslage nach dem Vertrag von Nizza*, HRRS 1/2010, p. 24 et s. ; F. Meyer, *Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht*, NSZ 2009, p. 657 et s. ; B. Schünemann, *Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, ZIS 8-9/2009, p. 393 et s.

Les procédures d'exception et l'instruction en droit belge

Ann Jacobs

Professeur de droit pénal et de procédure pénale
à l'Université de Liège

La Belgique vit encore sous le régime du Code d'instruction criminelle de 1808, même s'il a subi d'innombrables modifications ponctuelles ; seule la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction y a apporté des modifications plus significatives en tentant d'organiser légalement la phase de l'information menée sous la direction du ministère public et de renforcer les droits des parties privées.

Les pays qui connaissent des procédures pénales d'exception les ont en général introduites pour faire face à la criminalité grave et organisée ou surtout aux infractions terroristes. Elles se caractérisent par des dérogations importantes au droit commun de la procédure, voire par une suspension des règles communes de procédure pénale, telles les règles de compétence - cela pouvant aller jusqu'à la création de juridiction d'exception - de garde à vue et de détention préventive, les pouvoirs des services de police, du parquet ou du juge d'instruction, la récolte des preuves, les droits de la défense, le respect des droits de l'homme, etc.¹. Ces dispositions d'exception contrastent avec les règles spécifiques qui peuvent s'appliquer aux mineurs ou aux délinquants atteints de troubles mentaux, dans le cadre de procédures accélérées, etc. ; à la différence des premières, celles-ci se conforment aux grands principes de la procédure pénale du pays et ne mettent pas en question les droits de l'homme.

Dans le cadre de la présente analyse, nous n'aborderons que les éventuelles règles d'exception et non les simples règles spécifiques à un type de procédure donné.

¹ Voy. sur cette question L. HENNEBEL et D. VANDERMEERSCH (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, spéc. p. 182 et s.

De prime abord, il faut souligner que le droit belge ne connaît pas de procédure d'exception. La poursuite et le jugement de toute infraction, quelle qu'elle soit, ont lieu selon les règles de droit commun. Tout au plus faut-il relever une procédure pénale « à deux vitesses », selon la gravité des faits envisagés. Nous pouvons prendre la criminalité grave et organisée et les infractions terroristes comme illustrations significatives de la procédure d'instruction utilisée en droit belge en cas d'infractions graves.

Si la Belgique a été très bonne « cliente » de la Cour européenne des droits de l'homme dans les années 1980 – mais rarement sur des questions essentielles au regard des droits de l'homme – le législateur est aujourd'hui soucieux d'une plus grande conformité de la législation avec la Convention ; il en est de même de la Cour constitutionnelle qui s'aligne en principe sur la jurisprudence de la Cour européenne.²

L'infraction d'organisation criminelle a été insérée dans le Code pénal belge, de manière à lutter contre la criminalité organisée, par la loi du 25 janvier 1999³. Les infractions terroristes, quant à elles, sont entrées dans le Code pénal, sous la pression des instances internationales, en 2003, sous la forme des articles 137 à 141ter⁴.

Dès avant l'apparition de ces nouvelles infractions dans le Code pénal, les pouvoirs du juge d'instruction s'étaient considérablement accrus en vue de lutter contre la criminalité grave : ont ainsi été légalisés les écoutes téléphoniques⁵, les analyses ADN⁶, les recherches

² Tel n'est pas nécessairement le cas de la Cour de cassation : en matière de perquisitions, comp. Cass., 26 mars 2002, P.01.1642.N, www.juridat.be ; Cass., 26 octobre 2004, P.04.1129.N, T. Staffr., 2005, p. 443 et C. const., arrêt 154/2007 du 19 décembre 2007, www.const-court.be. En matière d'expertise, comp. Cass., 10 février 1999, Pas., 1999, I, p. 74 et ensuite Cass., 8 février 2000, J.T., 2000, p. 306, J.L.M.B., 2000, p. 625 avec les conclusions du ministère public, R.W., 2000, p. 239 et note W. PINTENS (voy. A. SADOT, « L'expertise ordonnée au cours d'une procédure pénale : Quelle contradiction ? », *Le point sur les procédures*, C.U.P., vol. 38 (2000), p. 301 et s.) avec C. const., arrêt 24/97 du 30 avril 1997, J.L.M.B., 1997, p. 788 et note A. MASSET.

³ Articles 324bis et 324ter du Code pénal.

⁴ Loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes.

⁵ Loi du 30 juin 1994 relative aux écoutes, à la prise de connaissance et à l'enregistrement de communications et de télécommunications privées.

⁶ Loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale.

informatiques⁷, les témoignages anonymes⁸. L'évolution la plus caractéristique reste toutefois l'introduction des méthodes particulières de recherche par la loi du 6 janvier 2003⁹.

L'instruction des infractions d'organisation criminelle ou de terrorisme n'est soumise à aucun régime spécifique, si ce n'est celui des infractions graves.

Dans un premier temps, nous présenterons sommairement l'instruction en procédure pénale belge ; nous irons ensuite à la rencontre de l'acteur principal de l'instruction, à savoir le juge d'instruction, et passerons rapidement en revue ses pouvoirs, en nous attardant un peu plus sur ceux auxquels il ne peut être appliqué que dans les cas de criminalité grave et organisée. Nous terminerons par un rapide survol des mécanismes de contrôle de l'instruction par les juridictions d'instruction, en mettant en exergue le contrôle tout particulier exercé sur les méthodes particulières de recherche. Nous terminerons par quelques mots sur les droits de la défense au cours de l'instruction.

1. L'instruction

L'instruction en Belgique est calquée sur le modèle français : elle est conduite à charge et à décharge sous la direction et la responsabilité du juge d'instruction et sous le contrôle de la chambre des mises en accusation, dont les pouvoirs ont été substantiellement renforcés en 1998. Une grande différence par rapport au régime français réside toutefois dans la subsistance de la chambre du conseil – juridiction d'instruction d'instance – dont les rôles principaux sont le contrôle du maintien de la détention préventive et le règlement de la procé-

⁷ Loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique.

⁸ Loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins.

⁹ Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises et en particulier par la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée.

dure par le prononcé d'une ordonnance de renvoi ou de non-lieu en fin d'instruction¹⁰.

La procédure d'instruction est de type inquisitoire : l'inculpé et la partie civile ne participent pas aux actes d'instruction (sauf à l'audition de témoins anonymes et éventuellement à la reconstitution) mais ils peuvent adresser au juge d'instruction une requête sollicitant des actes d'instruction complémentaires, avec possibilité d'appel devant la chambre des mises en accusation en cas de refus ; sauf l'inculpé détenu qui a un droit strict à avoir accès à la totalité du dossier avant chaque comparution en chambre du conseil en vue de statuer sur le maintien de la détention préventive, il n'y a pas de droit d'accès au dossier pendant l'instruction : cet accès doit être sollicité et le juge d'instruction peut le refuser en tout ou partie, sous le contrôle de la chambre des mises en accusation. Ce n'est qu'en vue du règlement de la procédure que les parties ont le droit de prendre connaissance et copie du dossier.

2. Le juge d'instruction

L'instruction d'affaires d'organisation criminelle et de terrorisme se déroule de la même manière que l'instruction de toute autre affaire criminelle grave, sous réserve de certaines particularités relevées ci-dessous.

Dans la mesure où des devoirs d'enquête emportant contrainte sont requis, le juge d'instruction est saisi par le procureur du Roi¹¹. En cas d'infraction grave et organisée ou ayant une dimension internatio-

¹⁰ La chambre du conseil peut également prendre une ordonnance de transmission des pièces au procureur général et une ordonnance de prise de corps lorsqu'elle estime que l'affaire doit être renvoyée devant la cour d'assises, la chambre des mises en accusation étant seule compétente pour ordonner pareil renvoi, une ordonnance de surséance à statuer, une ordonnance annulant un acte ou la procédure, une ordonnance de dessaisissement, de suspension du prononcé ou d'internement.

¹¹ A savoir le procureur du Roi du lieu de commission de l'infraction, du lieu où le suspect peut être trouvé ou du lieu de résidence de celui-ci (art. 23 C.I.C.). Une fois compétent à raison d'un de ces trois critères, le procureur du Roi peut poser des actes d'information dans tout le Royaume, moyennant avertissement au procureur du Roi du lieu (art. 23, al. 2 C.I.C.).

nale, le dossier est traité par le procureur fédéral¹² - compétent pour tout le territoire du Royaume - et c'est lui qui saisit le juge d'instruction d'un arrondissement déterminé. Celui-ci, une fois sa compétence établie à raison du lieu de commission de l'infraction, du lieu où l'inculpé peut être trouvé ou du lieu de résidence de ce dernier (art. 62bis C.I.C.), peut poser des actes d'instruction sur tout le territoire national.

En matière de terrorisme - mais non en cas d'organisation criminelle - le procureur fédéral saisit le doyen¹³ des juges d'instruction spécialisés en matière de terrorisme¹⁴ ; c'est à celui-ci qu'il appartient de distribuer les affaires de terrorisme entre ces derniers¹⁵, indépendamment des critères classiques de compétence. Le juge d'instruction spécialisé en matière de terrorisme, à l'instar des magistrats du parquet fédéral, exerce sa compétence sur tout le territoire du Royaume (art. 62bis, al. 4 C.I.C.).

L'existence de juges d'instruction spécialisés en matière de terrorisme et les règles de saisine qui le concernent constituent sans doute les seules dispositions dérogoires au droit commun spécifiques à un type d'infractions donné. Encore faut-il observer que la dérogation est très limitée : le juge d'instruction ainsi saisi est entièrement soumis aux règles habituelles de procédure, tandis que le sort à réserver à l'instruction sera apprécié, comme dans tous les autres cas, par la chambre du conseil et, en appel, par la chambre des mises en accusation, habituellement compétentes. La juridiction de jugement sera la même que pour les autres infractions (cour d'assises ou tribunal correctionnel).

¹² Voy. l'article 144ter du Code judiciaire ; le paragraphe 1^{er}, 2^e de cette disposition vise expressément les infractions terroristes et le 3^e les organisations criminelles ; voy. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 3^eme éd., 2009, pp. 48-50.

¹³ Il s'agit du plus ancien des juges d'instruction spécialisés en matière de terrorisme, désigné comme doyen par le premier président de la cour d'appel de Bruxelles.

¹⁴ Ils sont obligatoirement désignés par le premier président de la cour d'appel, sur l'avis du procureur fédéral (art. 79 du Code judiciaire) dans chaque ressort de cour d'appel.

¹⁵ Art. 47duodécies C.I.C.

3. Les pouvoirs du juge d'instruction

Dans un premier temps, nous passerons rapidement en vue les pouvoirs du juge d'instruction communs à toute infraction. Nous nous attarderons ensuite aux mesures d'instruction plus invasives pouvant être utilisées notamment en cas de crime organisé et d'infraction terroriste. Nous terminerons par les mécanismes de contrôle mis en place au niveau des juridictions d'instruction.

A. Les mesures d'instruction courantes

Observons, à titre préliminaire, que le juge d'instruction étant chargé de la découverte des preuves et des auteurs – et non des infractions – il ne peut agir de manière proactive. Il est strictement limité par sa saisine, à telle enseigne que si, dans le cadre de l'instruction diligente pour les faits dont il est saisi, il découvre d'autres faits, il les constate et renvoie le dossier au procureur du Roi qui, le cas échéant, le saisira de ces nouveaux faits.

Le juge d'instruction saisi d'une affaire d'organisation criminelle ou de terrorisme peut évidemment poser tous les actes d'enquête de la compétence du procureur du Roi, ainsi que tous les actes d'instruction admis pour toute affaire : auditions et interrogatoires, inculpation, décernement de mandats d'arrêt ou d'amener, descentes sur les lieux et reconstitutions, perquisitions, saisies, explorations corporelles, autopsies, analyses ADN, expertises, repérages téléphoniques, recherches informatiques, commissions rogatoires, pour ne citer que les plus courants. Ceux-ci n'appellent que quelques précisions.

Le décernement d'un mandat d'arrêt suppose une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'un an au moins. Observons qu'en amont, le délai de garde à vue est, en Belgique, de vingt-quatre heures¹⁶, en toute hypothèse et sans prolongation possible. Même les infractions les plus graves n'autorisent pas l'allongement de ce délai.

¹⁶ Art. 12 Const, art. 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. Le délai commence à courir à partir de la notification de la privation de liberté ou à partir du moment où l'intéressé ne dispose plus de la liberté d'aller et de venir (M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 3^{ème} éd., 2009, p. 304).

Le mandat d'arrêt n'a d'effet que pour une durée de cinq jours ; il doit alors être soumis à la chambre du conseil pour être confirmé ou infirmé, sous le contrôle de la chambre des mises en accusation. Il en sera ainsi de mois en mois, ou de trimestre en trimestre pour les infractions les plus graves¹⁷.

La perquisition dans un domicile¹⁸ requiert un mandat de perquisition, sauf en cas de flagrant délit, de consentement de l'occupant des lieux ou de disposition légale particulière. De telles dispositions ne visent néanmoins que la constatation d'infractions réglementaires¹⁹.

Quant à l'analyse ADN non consentie, elle ne peut être ordonnée que par le juge d'instruction pour une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement maximal de cinq ans ou plus (art. 90*undecies* C.I.C.). Le droit à une contre expertise est garanti et organisé.

Le pouvoir de saisie, tant du parquet que du juge d'instruction, a été considérablement étendu depuis quelques années, et en particulier dans la perspective d'une lutte efficace contre le blanchiment et le financement du terrorisme²⁰. La saisie peut porter sur les choses formant l'objet de l'infraction et sur celles qui ont servi à la commettre, sur les choses produites par l'infraction, sur les biens et valeurs patrimoniaux tirés directement de l'infraction, sur les biens et valeurs qui leur ont été substitués et sur les revenus de ces avantages investis, ainsi que sur tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité²¹.

B. Les mesures d'instruction spécifiques à la criminalité grave

Le Code d'instruction criminelle belge ne prévoit pas de mesures d'instruction spécifiques aux infractions d'organisations criminelles et terroristes. En revanche, de nombreuses dispositions organisant certains actes d'investigation plus attentatoires à la vie privée et aux

¹⁷ En pratique, cela concerne principalement le meurtre et l'assassinat.

¹⁸ Sur la notion de domicile et les lieux protégés, voy. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 3^{ème} éd., 2009, pp. 458-459.

¹⁹ Sur l'exigence d'un mandat de perquisition et ses exceptions, voy. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 3^{ème} éd., 2009, pp. 460-464.

²⁰ Loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale.

²¹ Art. 35 et 42 C.P. ; voy. aussi l'article 43quater C.P.

droits et libertés individuels se réfèrent, pour déterminer leur champ d'application, à l'article 90ter, §§ 2 à 4 du Code d'instruction criminelle qui énumère de manière exhaustive les infractions permettant des écoutes téléphoniques. Cette liste d'infractions a été revue à de très nombreuses reprises et vise des infractions ou tentatives d'infractions en principe très graves tels la menace d'attentat, la prise d'otage, la prostitution infantine, le trafic des êtres humains, l'enlèvement de mineurs, le meurtre et l'assassinat, l'extorsion, le vol avec violence ou la menace, le vol et l'extorsion de matières nucléaires, le trafic de drogues et d'armes, l'organisation criminelle, etc. ; les infractions terroristes ont été ajoutées à la liste de l'article 90ter.

Avec la référence de plus en plus fréquente à l'article 90ter C.I.C, le droit belge a véritablement introduit, sous l'angle des modes de preuves, une procédure pénale à deux vitesses, l'une applicable aux infractions d'une gravité relative et donnant lieu à des mesures d'instruction courantes, l'autre concernant la criminalité grave et organisée et autorisant des actes d'instruction particulièrement intrusifs dans la vie privée tels les écoutes téléphoniques ou les méthodes particulières de recherche.

L'on observera toutefois qu'au fil des modifications législatives de l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, on ne peut plus affirmer que ces actes d'instruction « exceptionnels » ne concernent que les infractions d'une particulière gravité.

a) Le repérage et les écoutes téléphoniques

Le repérage téléphonique, organisé par l'article 88bis du Code d'instruction criminelle est en principe réservé au juge d'instruction²², qui peut, par ordonnance motivée, procéder au repérage des communications reçues ou données par telle personne ou à la localisation de l'origine ou de la destination de télécommunica-

²² Sauf en cas de flagrant délit et de harcèlement téléphonique, hypothèses dans lesquelles il peut être ordonné par le procureur du Roi.

tions²³. L'ordonnance précise la durée de la mesure, sans qu'elle puisse excéder deux mois au plus, sans préjudice de renouvellement.

Quant aux écoutes, à la prise de connaissance et à l'enregistrement de communications et télécommunications privées, elles sont organisées par les articles 90ter à 90decies du Code d'instruction criminelle. Elles sont de la compétence exclusive du juge d'instruction et peuvent être ordonnées par décision motivée pour autant qu'il existe – à peine de nullité – des indices sérieux d'infraction énumérée à l'article 90ter, §§ 2 à 4 du Code d'instruction criminelle, que la mesure soit exigée par les nécessités de l'instruction, qu'elle reste exceptionnelle et que les autres moyens d'investigation ne suffisent pas.

La mesure ne peut être ordonnée qu'à l'égard soit de personnes soupçonnées, sur la base d'indices précis, d'avoir commis l'infraction²⁴, soit à l'égard des moyens de communication ou de télécommunication régulièrement utilisés par un suspect, soit à l'égard des lieux présumés fréquentés par celui-ci (y compris son domicile)²⁵; elle peut également l'être à l'égard de personnes présumées, sur la base de faits précis, être en communication régulière avec un suspect²⁶; enfin, elle peut concerner toute forme de communications ou télécommunications définies comme tout énoncé oral ou non oral, fait directement ou à distance et, notamment, les

²³ Cass., 21 octobre 1997, *Bull.*, 1997, n° 419, *Pas.*, 1997, I, p. 1063; corr. Gand, 3 mars 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 250. En vertu de l'article 46bis du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi et, en cas d'extrême urgence, les officiers de police judiciaire, peuvent procéder à l'identification de l'utilisateur habituel ou de l'abonné d'un système de télécommunication.

²⁴ La circonstance que les écoutes téléphoniques ont permis de découvrir d'autres faits que ceux pour lesquels elles ont été ordonnées ne constitue pas, à elle seule, une cause de nullité affectant l'obtention des indices ainsi recueillis (Cass., 1^{er} juin 2005, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 1300, *Pas.*, 2005, p. 1165, *N.C.*, 2008, p. 180); voy. aussi T. HENRION, « Écoutes téléphoniques », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, Drecht, 2002, p. 118, n° 117.

²⁵ Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 626, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 1080 et note T. HENRION, *Vigiles*, 2003/4, p. 144 et note S. VANDROMME.

²⁶ Sur les droits de cette personne, voy. Cour eur. D.H., MATHÉRON c. France, 29 mars 2005, *T. Straffr.*, 2005, p. 602.

déclarations et conversations directes ou téléphoniques de même que toutes les formes modernes de la télématique²⁷.

La durée maximum de l'écoute ou de la prise de connaissance de télécommunications est d'un mois à compter de l'ordonnance, renouvelable cinq fois au plus par ordonnance motivée, précisant en outre les circonstances justifiant la prolongation²⁸.

La personne ayant été mise sur écoute²⁹ est avisée par le greffier sur réquisition du procureur du Roi, au plus tard quinze jours après que la décision sur le règlement de la procédure soit devenue définitive, de la nature exacte de la mesure et des dates auxquelles elle a été exécutée.

Comme en matière de repérage téléphonique, les opérateurs de réseaux de télécommunications et les fournisseurs de services de télécommunications requis en vertu de l'ordonnance du juge d'instruction sont obligés de prêter leur concours.

Au point de vue de la force probante des éléments ainsi recueillis, le droit commun s'applique, à savoir le juge du fond dispose de la liberté d'appréciation des preuves.

b) Les témoignages anonymes

La matière de la criminalité organisée et du terrorisme constitue un des domaines dans lesquels le recours au témoignage anonyme peut s'avérer utile. La loi belge distingue le témoignage complètement anonyme (art. 86bis à 86quinquies C.I.C.) du témoignage partiellement anonyme (art. 75bis et 75ter C.I.C.) ; celui-ci permet d'occulter certaines données d'identité du témoin³⁰.

²⁷ Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 626, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 1080 et note T. HENRION. Est donc visée l'interception non seulement des communications téléphoniques, mais aussi des télégrammes, fax, mails, SMS (Corr. Bruxelles (juge d'instr.), 12 février 2003, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 759).

²⁸ Cass., 3 octobre 2000, *Bull.*, 2000, n° 507, *J.T.*, 2001, p. 545, *T. Strafr.*, 2001, p. 135, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 847. Le non-respect de cette exigence est sanctionné de nullité (Anvers, 27 juin 2001, *T. Strafr.*, 2003, p. 73).

²⁹ À l'exception de l'inculpé, du prévenu ou de la partie civile qui a eu accès au dossier répressif avant le règlement de la procédure.

³⁰ Les fonctionnaires de police, sous le couvert du témoignage partiellement anonyme peuvent, lorsqu'ils sont entendus comme témoins, communiquer leur adresse de service au lieu de leur domicile (art. 75ter C.I.C.).

Le témoignage complètement anonyme ne peut être reçu par le juge d'instruction que s'il existe des indications précises et sérieuses que les faits constituent une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2 et 4 du Code d'instruction criminelle, pour autant qu'un témoignage partiellement anonyme ne suffise pas, que le témoin ou une personne de son entourage puisse se sentir gravement menacé en raison de son témoignage et qu'il ait fait part de son intention de ne pas témoigner en raison de cette menace.

Il appartient au juge d'instruction de prendre connaissance de l'identité complète du témoin anonyme³¹ et de vérifier la fiabilité de celui-ci ; par exception aux règles de droit commun, le témoin anonyme sera entendu de manière contradictoire en présence des parties mais dans une pièce distincte, le juge d'instruction ayant le devoir de prendre toutes les précautions utiles de manière à ce que l'identité du témoin anonyme ne soit pas dévoilée.

Si le témoin anonyme est par la suite entendu par le juge du fond, il conserve le bénéfice de l'anonymat, la juridiction de fond étant, à cet égard, liée par la décision du juge d'instruction (art. 189bis, et 315bis C.I.C.).

La force probante du témoignage complètement anonyme est limitée puisqu'il ne peut servir de preuve que pour des infractions pour lesquelles on peut recevoir ce type de témoignage et que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une condamnation ne peut jamais être fondée d'une manière exclusive ni dans une mesure déterminante sur un témoignage complètement anonyme ; celui-ci doit toujours être corroboré dans une mesure déterminante par des éléments recueillis par d'autres modes de preuves.

c) La protection des témoins menacés

Les articles 102 à 111 du Code d'instruction criminelle organisent un mécanisme de protection des témoins menacés, sachant que ceux-ci ne peuvent être impliqués dans l'affaire, ce qui les différencie des repentis, ignorés du droit belge. La faculté de protéger des témoins, soit par des mesures ordinaires telle une assistance psychologique ou une protection physique rapprochée, ou par des mesures extraordi-

³¹ Elle sera conservée dans un registre spécial au parquet.

naires pouvant aller jusqu'à un changement d'identité, appartient tant au procureur du Roi qu'au juge d'instruction. Une condition de proportionnalité est requise, sans autre précision dans la loi. La mise en œuvre de la décision appartient à une commission spécifique.

Le statut de témoin protégé n'a toutefois pas de répercussion sur les conditions ou la force probante du témoignage.

d) Les méthodes particulières de recherche et autres techniques d'enquête

Les méthodes particulières de recherche sont sans doute les actes d'instruction les plus caractéristiques de la criminalité grave et organisée, dont fait partie le terrorisme. Il s'agit de l'observation (art. 47sexies C.I.C.), de l'infiltration (art. 47octies C.I.C.) et du recours aux indicateurs (art. 47décies C.I.C.). Seule la première de ces mesures est réservée au juge d'instruction – à l'exclusion du parquet – lorsqu'elle suppose le recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation privée (art. 56bis C.I.C.).

Les méthodes particulières de recherche, en droit belge, se caractérisent par l'existence d'un dossier confidentiel auquel n'a accès ni la défense, ni le juge du fond. Il ne se conçoit pas, en effet, que ce dernier, ait connaissance de données qui échappent aux parties. Il n'en reste pas moins que l'existence même de pareil dossier confidentiel a suscité – et suscite toujours – la controverse, à telle enseigne que le législateur s'est vu obligé de revoir sa copie à plusieurs reprises sous la pression de la Cour constitutionnelle et ainsi de renforcer le contrôle à l'égard de ce dossier par la chambre des mises en accusation, comme on le verra.

Ce dossier confidentiel ne comprend que les données techniques relatives à l'opération, tel le matériel utilisé, l'identité des fonctionnaires de police, etc. En revanche, les constatations faites lors de l'opération font l'objet d'un procès-verbal joint au dossier répressif et soumis au débat contradictoire devant les juridictions tant d'instruction que de fond.

Les méthodes particulières de recherche présentent la particularité que même lorsqu'elles sont ordonnées par le juge d'instruction, elles sont exécutées sous le contrôle du procureur du Roi. C'est donc à celui-ci que l'officier de police judiciaire fait rapport. Le seul pouvoir du juge d'instruction se résume à décider de poursuivre ou de mettre

fin à la mesure. La loi réduit ainsi le rôle du juge d'instruction à la portion congrue et on peut se demander comment celui-ci peut, dans ces conditions, assumer la responsabilité et la direction de l'instruction menée à charge et à décharge ; ce sont les règles fondamentales de la procédure pénale qui se voient complètement remises en cause³².

Lorsque le législateur a introduit les méthodes particulières de recherche dans l'arsenal législatif belge, il y a aussi introduit un lot d'autres techniques d'enquête, les unes réservées au juge d'instruction, la plupart confiées également au ministère public. Ces dernières sont l'observation avec ou sans moyens techniques et sans vue dans une habitation, l'intervention différée, le contrôle visuel discret lorsqu'il ne concerne pas un domicile, la recherche de renseignements sur les comptes et transactions bancaires et le gel provisoire des avoirs, et enfin l'interception du courrier.

Sont en revanche réservés au juge d'instruction le contrôle visuel discret dans un lieu privé (art. 89ter C.I.C.), l'écoute directe dans un domicile ou un lieu privé (art. 90ter, § 1^{er} C.I.C.) et l'ouverture du courrier intercepté (art. 88sexies C.I.C.). Les deux premières mesures citées ne peuvent être ordonnées qu'à propos d'infractions visées par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle tandis que la dernière suppose une infraction punissable d'un emprisonnement d'un an ou plus.

Le contrôle visuel discret consiste, pour les enquêteurs, à pénétrer, à tout moment – donc de jour comme de nuit – dans un lieu privé, à l'insu du propriétaire ou de son ayant droit, ou sans le consentement de ceux-ci, en vue d'inspecter les lieux, de réunir des preuves ou d'installer des moyens techniques dans le cadre d'une observation. Il se combinera souvent avec une des méthodes particulières de recherche au sens strict, et en particulier avec l'observation ou l'infiltration.

³² Pour une critique de cette option, voy. not. A. JACOBS, « La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête », *Rev. dr. Ulg.*, 2004, p. 115 et s. ; voy. la quatrième édition de H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, la Charte, Bruges, 2005, p. 677 ; M. DE RUE et C. DE VALKENIEER, *Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête*, *Analyse des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et de leurs arrêtés d'application*, 2^e éd., coll. « Les dossiers du J.T. », n° 66, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 75 et s. et 193 et s.

L'alinéa 2 de l'article 90ter organisant l'écoute directe est ainsi libellé : « En vue de permettre l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement de communications ou de télécommunications privées à l'aide de moyens techniques, le juge d'instruction peut également, à l'insu ou sans le consentement de l'occupant, du propriétaire ou de ses ayants droit, ordonner la pénétration à tout moment dans un domicile ou dans un lieu privé ». Les écoutes directes sont soumises à toutes les conditions et modalités des écoutes téléphoniques.

La force probante des preuves obtenues au moyen de méthodes particulières de recherche ou d'autres techniques d'enquête n'est pas autrement réglementée. Ces preuves peuvent donc être déterminantes pour emporter l'intime conviction de la juridiction de fond.

e) La collaboration avec les services de renseignement

Les services de renseignements qui constatent des infractions ou l'existence d'indices sérieux qui peuvent conduire à la commission d'un crime ou d'un délit, ou d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus les communiquent en principe au procureur du Roi ; toutefois, si ces informations ont été collectées grâce à des méthodes spécifiques ou exceptionnelles, c'est la commission administrative chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil des données des services de renseignements et de sécurité qui établit le procès-verbal et le communique au procureur du Roi ou au procureur fédéral. Ces informations peuvent être versées au dossier, mais ne peuvent jamais constituer le motif exclusif ni prédominant d'une condamnation³³.

4. Le contrôle de l'instruction

A. Le contrôle de l'instruction en général

Comme on l'a signalé, le contrôle de l'instruction relève en premier lieu de la chambre du conseil. Ainsi, lorsqu'elle est saisie en vue du règlement de la procédure, elle peut considérer que celle-ci est incomplète et surseoir à statuer jusqu'à l'accomplissement de devoirs

³³ Art. 19/1 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité, tel que modifié par la loi du 4 février 2010.

d'instruction complémentaires ; elle peut aussi, en vertu de l'article 131 du Code d'instruction criminelle, prononcer la nullité d'un acte d'instruction et de tout ou partie de la procédure qui en découle lorsqu'elle constate une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction, ou l'obtention de la preuve³⁴. La chambre du conseil peut également statuer sur les causes d'irrecevabilité et d'extinction de l'action publique³⁵.

Le véritable contrôle de l'instruction s'opère en réalité au niveau de la chambre des mises en accusation : en tant que chambre d'appel en matière d'instruction, elle peut être saisie par le ministère public et dans certains cas, par les parties³⁶ ; elle a en outre notamment un pouvoir de contrôle d'office des instructions (art. 136, al. 1^{er} C.I.C.), elle peut ordonner des devoirs d'instruction complémentaires (art. 228 C.I.C.) et peut même évoquer l'instruction et désigner un de ses membres en qualité de juge d'instruction (art. 235 C.I.C.).

C'est sans doute l'article 235bis du Code d'instruction criminelle qui est le plus caractéristique de ce pouvoir de contrôle de la chambre des mises en accusation. À l'occasion du règlement de la procédure ou même chaque fois qu'elle est saisie³⁷, elle contrôle, à la demande

³⁴ Les pièces déclarées nulles sont retirées du dossier et déposées au greffe, mais la défense pourrait les invoquer (C. arb., arrêt 86/2002 du 8 mai 2002).

³⁵ Arg. art. 135 C.I.C. ; en ce sens, D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme Franchimont. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, p. 441.

³⁶ Par l'inculpé détenu en ce qui concerne sa détention préventive, par l'inculpé et la partie civile en cas de rejet par le juge d'instruction d'une requête d'accès au dossier ou de mesure d'instruction complémentaire ; de même, elle peut être saisie par toute personne dont les biens ont été saisis dans le cadre de l'instruction et qui a vu échouer la procédure de référé pénal devant le juge d'instruction tendant à voir lever ou modifier la saisie.

³⁷ Il est indispensable que la chambre des mises en accusation soit saisie par ailleurs ; elle ne peut l'être à la seule fin d'un contrôle sur la base de l'article 235bis C.I.C. (Cass., 19 mars 2008, *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 827 et les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *N.C.*, 2008, p. 212).

du ministère public ou d'une des parties³⁸ ou d'office, la régularité de la procédure qui lui est soumise.

B. Le contrôle des méthodes particulières de recherche

Les méthodes particulières de recherche que sont l'infiltration et l'observation – et dans une moindre mesure³⁹, le recours aux indicateurs – étant particulièrement attentatoires aux droits et libertés individuels, le législateur a, sous la pression de la Cour constitutionnelle, été obligé de prévoir des garanties particulières. Un contrôle spécifique se justifiait d'autant plus pour l'observation et l'infiltration qu'elles génèrent un dossier confidentiel complètement soustrait à la connaissance des parties et du juge du fond.

Ce contrôle – obligatoire⁴⁰ – s'exerce, sur réquisition du ministère public, selon les cas, à l'issue de l'information ou de l'instruction ; il peut également s'exercer à l'initiative du juge du fond (art. 189ter, al. 4 C.I.C.)⁴¹. L'on observera que, si le dossier répressif est mis, à cette occasion, à la disposition des parties, celles-ci n'ont évidemment pas accès au dossier confidentiel⁴² ; en outre, la chambre des mises en accusation, qui a accès au dossier confidentiel, entend en l'absence des parties, le procureur général, et en présence de ce dernier et

38. Lorsqu'elle en est requise par le ministère public ou une partie, la chambre des mises en accusation est tenue de procéder au contrôle de régularité de la procédure (y compris si elle y est invitée par l'inculpé dans sa défense contre l'appel du ministère public) (Cass., 3 octobre 2000, *Bull.*, 2000, n° 513) ; ce contrôle n'est facultatif que lorsqu'il a lieu d'office (Cass., 26 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 512 ; Cass., 3 octobre 2001, *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 362 ; Cass., 5 février 2003, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 908 ; Cass., 24 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1558, *R.D.J.P.*, 2000, p. 50, *J.T.*, 2000, p. 605 ; Cass., 18 mars 2003, *R.W.*, 2004, p. 735 et note S. VANDROMME).

39. Dès lors que l'indicateur ne fournit pas de preuve (il tomberait alors, le cas échéant, sous le régime du témoin anonyme), mais seulement des sources de preuves.

40. Cass., 14 octobre 2008 (aud. plén.), *J.T.*, 2008, p. 755, et note B. DEJEMPEPE, *N.C.*, 2008, p. 458 et les conclusions de l'avocat général TIMPERMAN ; Cass., 19 mars 2008, *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 827 et les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *N.C.*, 2008, p. 212.

41. Le législateur vise l'hypothèse d'incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

42. La Cour constitutionnelle n'y voit pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution ni de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (C. const., arrêt 105/2007 du 19 juillet 2007 ; C. const., arrêt 107/2007 du 26 juillet 2007).

séparément la partie civile et l'inculpé⁴³ ; elle peut aussi entendre, dans les mêmes conditions, le juge d'instruction et l'officier de police judiciaire qui a coordonné l'opération. Elle peut enfin charger le juge d'instruction d'entendre, conformément aux articles 86bis et 86ter C.I.C. organisant l'audition des témoins complètement anonymes, les fonctionnaires de police ayant exécuté l'infiltration ou l'observation, ainsi que le civil qui a apporté son aide ; elle peut décider d'assister à l'audition ou d'y déléguer un de ses membres.

Outre cette procédure spécifique de contrôle des méthodes particulières de recherche à l'issue de l'information ou de l'instruction, un contrôle est également prévu, à titre provisoire, en cours d'instruction, soit à la demande du juge d'instruction, soit sur réquisition du ministère public (art. 235quater C.I.C.). À cette fin, le procureur du Roi informe systématiquement et immédiatement le président de la chambre des mises en accusation des dossiers pour lesquels des observations ou des infiltrations ont été décidées par lui ou par le juge d'instruction.

Le tribunal correctionnel⁴⁴ et la cour d'assises peuvent, sur la base d'éléments concrets qui ne seraient apparus qu'après le contrôle de la chambre des mises en accusation, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public, soit à la demande d'une des parties, charger la chambre des mises en accusation de contrôler l'application des méthodes particulières de recherche que sont l'infiltration et l'observation conformément à l'article 235ter C.I.C.

Un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation contrôlant les méthodes particulières de recherche est ouvert aux parties en vertu de l'article 235ter, § 6 C.I.C. tel qu'il a été modifié par la loi du 16 janvier 2009 à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle⁴⁵.

43. Ces auditions séparées ne violent pas les droits de la défense (C. const., arrêt 105/2007 du 19 juillet 2007 ; C. const., arrêt 107/2007 du 26 juillet 2007).

44. Auquel il faut sans doute assimiler la cour d'appel, en dépit du silence de la loi.

45. C. const., arrêt 111/2008 du 31 juillet 2008.

L'on observe, en conséquence, que si un véritable contrôle s'exerce, par une juridiction indépendante⁴⁶, sur les méthodes particulières de recherche, spécialement sur celles appelant la constitution d'un dossier confidentiel, tant au cours de la phase préliminaire du procès que devant les juridictions de fond, il échappe presque totalement aux parties ; certes, elles peuvent faire valoir leurs critiques à l'égard des méthodes d'enquête utilisées et susciter le contrôle, mais elles ne disposeront jamais de l'ensemble des éléments rendant compte de la décision et du déroulement de l'opération et n'ont pas davantage la possibilité d'apprécier le bien-fondé de la décision de la chambre des mises en accusation. La Cour d'arbitrage, actuellement Cour constitutionnelle⁴⁷, et, à sa suite, les travaux préparatoires de la loi du 27 décembre 2005⁴⁸, ont toutefois considéré que ces dispositions sont compatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui admet que, dans certains types d'affaires, une partie du dossier soumis au juge puisse être soustraite à la connaissance des parties, pour autant que la mesure soit absolument nécessaire, que les atteintes aux droits de la défense qui en résultent soient suffisamment compensées par la procédure suivie et que la décision⁴⁹ incombe à un magistrat, et non au parquet, et en parfaite

⁴⁶ Sur cette question, voy. notamment C.A., arrêt 202/2004 du 21 décembre 2004 annulant plusieurs dispositions de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, notamment en raison de l'insuffisance du contrôle par une juridiction indépendante (*Rev. dr. pén.*, 2005, p. 629 et note H.-D. BOSLY, R.W., 2004-2005, p. 1290 et note S. VANDROMME et C. DE ROY).

⁴⁷ Voy. not. C. const., arrêt 105/2007 du 10 juillet 2007 ; C. const., arrêt 107/2007 du 26 juillet 2007 ; voy. D. CHICHOVAN, « Les droits fondamentaux dans les méthodes particulières de recherche : finalement, pourquoi pas ? », *J.L.M.B.*, 2008, pp. 600-615.

⁴⁸ Contra M.-A. BEERNAERT, « La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée : un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006, p. 196 ; M.-A. BEERNAERT, « Les méthodes particulières de recherche et autres méthodes d'enquête : de l'arrêt de la Cour d'arbitrage à la loi du 27 décembre 2005 », *Colloque en droit pénal et procédure pénale*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, pp. 15-16.

⁴⁹ C'est-à-dire la décision de principe et la détermination des pièces concernées.

connaissance de cause (pas simplement sur rapport de ce dernier)⁵⁰. Il n'en reste pas moins que l'on peut s'interroger sur l'utilité réelle du dossier confidentiel⁵¹.

5. Les droits de la défense dans le cadre de l'instruction

L'on relèvera, à propos des droits de la défense, une évolution majeure : à l'origine, les droits de la défense s'imposent même en l'absence de texte, mais au titre de principe général de droit supplémentaire, de niveau législatif, avec pour corollaire qu'une loi peut y déroger. Aujourd'hui, le principe du respect des droits de la défense est inscrit au cœur d'un droit fondamental et est reconnu comme un principe de valeur constitutionnelle. Naguère, le législateur l'organisait avec la faculté d'y déroger. Aujourd'hui, il peut l'organiser mais pour le rendre effectif ou le concilier avec des principes de niveau équivalent et en particulier avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵².

De manière tout à fait générale, l'on peut dire que les droits de la défense sont assez bien protégés par le droit belge au stade de l'instruction, sous la réserve – majeure – de l'absence de l'avocat lors des interrogatoires de l'inculpé.

⁵⁰ Cour eur. D.H., Jasper c. Royaume-Uni, 16 février 2000 ; Cour eur. D.H., Fitt c. Royaume-Uni, 16 avril 2000 ; Cour eur. D.H., P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, 25 septembre 2001 ; Cour eur. D.H., Rowe et Davis c. Royaume-Uni, 16 février 2000 ; Cour eur. D.H., Dowsett c. Royaume-Uni, 24 juin 2003 ; Cour eur. D.H., Aksoy c. Turquie, 31 octobre 2006, § 27 ; Cour eur. D.H., Gunez Corum c. Turquie, 31 octobre 2006, § 27 *Adde* V. LETELLIER, « Les méthodes particulières de recherche sous l'angle de la Constitution et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les méthodes particulières de recherche*, coll. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 14, La Chartre, 2007, pp. 57-78.

⁵¹ En ce sens, D. VANDERMEERSCH, « Première évaluation de l'application de la loi du 6 janvier 2003 », *Les méthodes particulières de recherche. Premier bilan de la loi du 6 janvier 2003*, CEP – Politeia, Bruxelles, 2004, pp. 64-65. Pour une réflexion critique et nuancée sur les méthodes particulières de recherche, voy. notamment M. DE RUE et Ch. DE VALKENEEER, *Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête. Analyse des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et de leurs arrêtés d'application*, 2^e éd., coll. Les dossiers du J.T., n° 66, Larcier, Bruxelles, 2008, pp. 187-195.

⁵² P. MARTENS, « L'expertise en matière pénale », *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, éd. Mys & Breesch, Gand, 2000, p. 103.

L'avocat n'intervient que très tard dans la procédure pénale belge puisque sa présence est exclue lors des interrogatoires, tant par les services de police ou le parquet que par le juge d'instruction, ce qui ne manque pas de mettre la Belgique en grande difficulté au regard de la jurisprudence strasbourgeoise⁵³. Même lors de l'interrogatoire préalable au décernement d'un mandat d'arrêt par le juge d'instruction, l'avocat ne peut assister son client. Il n'interviendra pour la première fois que devant la chambre du conseil statuant sur le maintien de la détention préventive ou sur le règlement de la procédure. Toutefois, en vue de compenser l'absence de l'avocat, une circulaire du 4 mai 2010 préconise l'enregistrement vidéo et sonore de la première audition du suspect arrêté pour « infraction grave » (sans autre précision)⁵⁴, manière de garantir le droit au silence et de prévenir les aveux forcés⁵⁵.

De même, le droit du suspect ou de l'inculpé de s'entretenir préalablement à l'interrogatoire avec son avocat n'est pas consacré ni reconnu. En revanche, la mise au secret de l'inculpé que peut décréter

⁵³ Voy. not. Cour eur. D.H., Salduz c. Turquie, 27 novembre 2008 (grande chambre), J.L.M.B., 2009, p. 196 et note A. JACOBS ; 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, pp. 989-1012 ; M.-A. BEERNAERT, « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *Rev. dr. pén.*, 2009, pp. 971-988 ; Cour eur. D.H., Yunus Aktaç c. Turquie, 20 octobre 2009, J.L.M.B., 2010, p. 695 ; Cour eur. d. h., Adamkiewicz c. Pologne, 2 mars 2010, J.L.M.B., 2010, p. 704 ; *odde* Cour eur. D.H., Bouglame c. Belgique, 2 mars 2010, J.L.M.B., 2010, p. 714 et note M.-A. BEERNAERT et T. MOREAU, « L'accès à l'avocat dès les premiers interrogatoires de police : chronique d'une condamnation annoncée de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme ». Dans ce dernier arrêt, analysant la législation et la pratique belges, la Cour laisse clairement entendre qu'elles sont contraires à l'article 6 de la Convention, mais la procédure en cause ayant donné lieu à un acquittement, elle estime que l'absence d'avocat n'a pas, en l'espèce, nui à l'équité de la procédure.

⁵⁴ Circulaire n° COL 7/2010 du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel. Il est prévu que le procureur du Roi demande expressément au juge d'instruction de ne pas motiver un éventuel mandat d'arrêt sur la base des déclarations du suspect recueillies sans la consultation préalable d'un avocat, demande qui ne lie évidemment pas le juge d'instruction.

⁵⁵ La circulaire précise encore que « le procureur du Roi demandera expressément au juge d'instruction qu'après avoir pu consulter un avocat, il soit procédé à une nouvelle audition du suspect sur la base des éléments du dossier sans devoir renvoyer à la (aux) déclaration(s) initiales de celui-ci recueillies sans la consultation préalable d'un avocat ».

ter le juge d'instruction ne s'étend pas à la communication de l'inculpé avec son avocat⁵⁶.

L'autre lacune majeure du droit belge en matière de droits de défense est sans doute l'absence de consécration légale ou jurisprudentielle du droit au silence ; ce n'est qu'en vertu de la circulaire du 4 mai 2010 que l'inculpé doit être averti de ce droit⁵⁷. Il n'en reste pas moins que sa violation est sanctionnée par la jurisprudence sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁸.

Sous l'angle des différents actes d'instruction, l'on peut considérer que les droits de la défense et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sont largement respectés, comme cela résulte de la brève présentation de certains d'entre eux ci-dessus.

Conclusion

La Belgique, contrairement à d'autres Etats, n'a jamais vraiment connu de faits de terrorisme sur son territoire, ce qui se répercute sur sa législation : si, sous la pression d'instances internationales, elle a inséré des incriminations spécifiques dans son Code pénal, elle n'a, en revanche, pas estimé utile de prévoir des procédures dérogatoires au droit commun (y compris au délai de garde à vue) ni à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en est de même en matière de criminalité grave et organisée. Tout au plus autorise-t-elle des moyens de preuves plus intrusifs au regard de la vie privée (écoutes téléphoniques, observation) ou plus difficiles à réfuter pour la défense (témoins anonymes, méthodes particulières de recherche).

L'on peut toutefois s'inquiéter du fait que ces modes de preuves présentés comme réservés à la criminalité grave voient leur champ d'application s'élargir au gré des réformes législatives au point de se

⁵⁶ Art. 20 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

⁵⁷ Circulaire n° COL 7/2010 du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel.

⁵⁸ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 3^{ème} éd., 2009, pp. 1030-1031.

demander si l'exception ne devient pas la règle ou à tout le moins si ces exceptions ne souffrent pas d'une banalisation inquiétante⁵⁹.

Il n'en reste pas moins que, si l'on peut critiquer le caractère flou des incriminations de criminalité organisée et de terrorisme, il faut aussi reconnaître que le législateur a entouré la récolte des preuves relatives à la criminalité grave d'un certain nombre de garanties procédurales, en se conformant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relayée par la Cour constitutionnelle. L'évolution de la législation relative aux méthodes particulières de recherche en est un témoin privilégié.

Il faut néanmoins relever un problème d'effectivité de ces garanties : peu de dispositions sont prescrites à peine de nullité et la Cour de cassation ne se montre peut-être guère audacieuse en ce domaine. Sa jurisprudence dite « Antigone »⁶⁰ pose à cet égard un problème de taille puisqu'elle considère que les preuves irrégulières doivent en principe être reçues, le juge procédant à une balance d'intérêts ; ce n'est que si la disposition violée est prescrite à peine de nullité – ce qui est rare en droit belge –, si la fiabilité de la preuve est ainsi mise à mal⁶¹ ou si le vice entachant la récolte de la preuve est de nature à compromettre le droit à un procès équitable que le juge est tenu

⁵⁹ Voy. en ce sens S. d'ORAZIO, « L'évolution de la lutte contre la criminalité grave et organisée en Belgique » in X, Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France), Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 57-119.

⁶⁰ L'arrêt du 14 octobre 2003 par lequel la Cour de cassation initie cette jurisprudence concernait un Sieur Antigoon.

⁶¹ Tel serait le cas d'un aveu obtenu en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

d'écarter la preuve irrégulière⁶². La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que cette jurisprudence n'est pas en soi incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne⁶³.

Si, dans l'ensemble, la procédure pénale belge figure comme bon élève des droits de l'homme, même en cas de criminalité organisée et de terrorisme, il reste un gros point noir lié à l'absence totale de l'avocat lors des interrogatoires et l'absence d'information formelle au suspect de son droit au silence⁶⁴.

⁶² Voy. sur cette jurisprudence, not. F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 408-438 ; F. SCHUERMANS, « La fouille irrégulière d'un véhicule peut également servir de preuve valable : l'arrêt de cassation du 14 octobre 2003 », *Vigiles*, 2004, 1, pp. 16-26 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1094 et s. ; F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, pp. 349-355 ; F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruylant, 2005, pp. 53-107 ; Ch. DE VALKENBER, « Que reste-t-il du principe de l'égalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *Rev. dr. pén.*, 2005, pp. 685-695. Sur la portée de cette jurisprudence, voy. J. DE CODT, « Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle », *J.T.*, 2008, pp. 650-653.

⁶³ Cour eur. D.H., *Davies c. Belgique*, 28 juillet 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1928-1937.

⁶⁴ Sous la réserve d'une récente circulaire adressée aux parquets et services de police.