

Quelques réflexions sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière d'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi (art. 135 C.I.C.)

Ann JACOBS

Professeur de droit pénal et de procédure pénale à l'ULg

1. La Cour d'arbitrage a été amenée à statuer un certain nombre de fois sur la compatibilité de l'article 135 du Code d'instruction criminelle avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés, le cas échéant, avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour rappel, l'article 135 du Code d'instruction criminelle prévoit que, à la différence du ministère public et de la partie civile qui disposent en toute circonstance d'un appel contre l'ordonnance de règlement de la procédure, l'inculpé ne peut interjeter appel contre une ordonnance de renvoi que dans les cas limitativement énoncés; l'appel lui est en tout cas refusé lorsqu'il conteste qu'il existe des charges suffisantes justifiant son renvoi devant le juge du fond.

L'article 135, tel qu'il a été modifié par la loi du 12 mars 1998, dite 'loi Franchimont', est actuellement rédigé comme suit:

§ 1^{er}. Le ministère public et la partie civile peuvent interjeter appel de toutes les ordonnances de la chambre du conseil.

§ 2. En cas d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité visées à l'article 131, § 1^{er}, ou relatives à l'ordonnance de renvoi, l'inculpé peut interjeter appel des ordonnances de renvoi prévues aux articles 129 et 130, sans préjudice de l'appel visé à l'article 539 du présent Code. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique. En cas d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité visées à l'article 131, § 1^{er}, l'appel n'est recevable que si le moyen a été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, sauf lorsque ces causes sont acquises postérieurement aux débats devant la chambre du conseil.

§ 3. (...)

§ 4. (...)'.

Les irrégularités, omissions et causes de nullité visées à l'article 131 du Code d'instruction criminelle sont celles qui affectent un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve. L'appel dont il est question à l'article 539 ne concerne que les décisions rendues sur la compétence (1).

En définitive, comme le dira la Cour d'arbitrage, l'inculpé ne peut former appel contre une ordonnance de renvoi que lorsqu'il invoque l'incompétence du tribunal de première instance ou du juge d'instruction, l'irrecevabilité ou l'extinction de l'action publique, ou une irrégularité, omission ou nullité relative à l'ordonnance de renvoi ou affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve.

2. La règle était encore bien plus stricte avant sa modification par la loi du 12 mars 1998 puisqu'elle ne permettait l'appel de l'inculpé que dans une seule hypothèse, celle de l'incompétence du juge d'instruction, de la juridiction d'instruction ou du juge de renvoi (2); l'inculpé était exclu du droit de contester l'ordonnance de renvoi dans tous les autres cas, quels que soient les moyens invoqués (3). La raison en a toujours été qu'il disposait encore de la possibilité de faire valoir ses arguments devant la juridiction de jugement (4), ce qui n'était pas le cas du ministère public et de la partie civile face à une ordonnance de non-lieu.

Un mouvement de contestation se manifestait cependant tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, certains arrêts de chambres de mises en accusation déclarant recevable l'appel d'inculpés notamment en cas d'irrégularités dans

(1) Art. 539: 'Lorsque l'inculpé, le prévenu ou l'accusé, l'officier chargé du ministère public ou la partie civile, aura excipé de l'incompétence d'un tribunal de première instance ou d'un juge d'instruction, ou proposé un déclinatoire, soit que l'exception ait été admise ou rejetée, nul ne pourra recourir à la Cour de cassation pour être réglé de juges sauf à se pourvoir devant la cour d'appel contre la décision portée par le tribunal de première instance ou le juge d'instruction, et à se pourvoir en cassation, s'il y a lieu, contre l'arrêt rendu par la cour d'appel'.

(2) Art. 135: 'Le procureur du Roi et la partie civile peuvent interjeter appel des ordonnances rendues conformément aux articles 128 (ordonnance de non-lieu), 129 et 130 (ordonnances de renvoi), dans les vingt-quatre heures. Ce délai court contre le procureur du Roi à compter de l'ordonnance et contre la partie civile à compter du jour où l'ordonnance lui a été signifiée au domicile par elle élu dans le lieu où siège le tribunal'.

(3) Voir p. ex. Anvers (ch. m. acc.), 2 novembre 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 505 (l'irrégularité de l'ordonnance de renvoi ne peut s'analyser en une contestation quant à la compétence).

(4) Voir O. KLEES, 'Les voies de recours de l'inculpé contre l'ordonnance de la chambre du conseil qui le renvoie devant le tribunal correctionnel', *J.T.*, 1986, p. 56; *idem*, obs. sous Bruxelles (ch. m. acc.), 17 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 758.

l'instruction; cette tendance n'a cependant jamais été suivie par la Cour de cassation qui s'en est tenue à une interprétation stricte de l'article 135 (5).

I. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR D'ARBITRAGE RELATIVE À L'ARTICLE 135 C.I.C.

3. Nous nous limiterons aux arrêts relatifs au droit d'appel de l'inculpé; en effet, l'article 135 du Code d'instruction criminelle a également été mis en cause sous d'autres aspects, tel le point de départ du délai d'appel de la partie civile (6).

Les premiers arrêts relatifs à l'article 135 du Code d'instruction criminelle sont antérieurs à la modification de cette disposition par la loi Franchimont, et l'ont, en partie, provoquée (7).

4. Par son arrêt n° 82/94 du 1^{er} décembre 1994 (8), la Cour d'arbitrage met fondamentalement à mal le système institué par l'article 135. Dans une série de motifs qu'elle reprendra avec une totale constance par la suite, la Cour relève une différence objective entre le ministère public et l'inculpé, reposant sur le fait que le premier assume une mission de service public relative à la recherche et à la poursuite des infractions et qu'il exerce l'action publique, tandis que le second défend son intérêt personnel (9). Néanmoins, dès lors que le législateur

(5) Voir M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, éd. Coll. scient. Fac. Dr. et éd. du Jeune Barreau de Liège, 1989, pp. 375 et s. et les références citées; R. DECLERCQ, *Het niet-ontvankelijk hoger beroep van de verdachte tegen zijn verwijzing naar de rechtbank*, note sous C.A., 1^{er} déc. 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 1225.

(6) C.A., 20 avril 1999, n° 46/99, *M.B.*, 18 août 1999, p. 30783.

(7) En partie seulement, dans la mesure où la modification de ce texte était déjà à l'ordre du jour (Rapport de la Commission pour le droit de la procédure pénale, éd. Coll. scient. Fac. Dr. Liège et éd. Maklu, 1994, pp. 56 à 59). On constatera aussi que le législateur a été au-delà de ce que préconisait la Cour d'arbitrage.

(8) *M.B.*, 17 janv. 1995, p. 1100; *J.T.*, 1994, p. 808; *J.L.M.B.*, 1994, p. 1990; *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 276 et obs. D. RENDERS; *R.W.*, 1994-1995, p. 1224 et note R. DECLERCQ.

(9) 'B.4. Il existe entre le ministère public et l'inculpé, une différence fondamentale qui repose sur un critère objectif: le premier accomplit, dans l'intérêt de la société, les missions de service public relatives à la recherche et à la poursuite des infractions (art. 22 à 47 C.I.C.) et il exerce l'action publique (art. 138 C. jud.); le second défend son intérêt personnel. Cette différence justifie raisonnablement que, tout au long de l'instruction, le ministère public jouisse de prérogatives dont la constitutionnalité ne peut être appréciée en procédant à une comparaison de sa situation avec celle de l'inculpé'. Il est à noter que, devant des problématiques semblables, la Cour ne prend pas toujours ce point de départ; ainsi, dans l'arrêt n° 53/2001 du 18 avril 2001 (*M.B.*, 20 juin 2001, p. 21095) qui met en cause le fait que, lors de la descente sur les lieux, le juge d'instruction est toujours accompagné du procureur du Roi et de son greffier sans que soient convoqués les inculpés, les parties civiles et leurs avocats, la Cour se place plutôt sur le terrain du caractère contradictoire ou non de l'instruction, alors que la question préjudicielle était formulée en termes de discrimination.

organise une procédure distincte devant la chambre du conseil à l'issue de l'instruction, il y a lieu de se demander si l'inégalité résultant de possibilités de recours très différentes selon la personne qui les exerce est objectivement et raisonnablement justifiée (10). Reprenant la justification classique du droit d'appel du ministère public, la Cour admet que celui-ci doit disposer d'un appel contre une ordonnance de non-lieu, dans la mesure où pareille décision met fin à l'action publique; la même considération est étendue à la partie civile (11). La Cour n'admet pas, en revanche, que l'inculpé soit privé de tout droit d'appel – à l'exception de l'hypothèse de l'article 539 du Code d'instruction criminelle – même lorsqu'il allègue l'irrégularité d'actes d'instruction, alors que le ministère public et la partie civile peuvent contester une décision de non-lieu fondée sur pareils actes. La différence de rôles au sein de la procédure pénale ne justifie pas, aux yeux de la Cour, cette différence de traitement, dans la mesure où chacune des parties a intérêt à faire valoir, dès le

(10) 'B.5. Toutefois, dès lors que le législateur instaure à l'issue de l'instruction une procédure devant la chambre du conseil, nettement distincte de celle devant la juridiction de jugement, qu'il prévoit un débat contradictoire entre le ministère public et l'inculpé, qu'il permet à la partie civile, qui défend des intérêts privés, de prendre part à ce débat et qu'enfin, il organise un recours contre la décision de la chambre du conseil, l'étendue de ce recours ne peut varier selon la personne qui l'exerce que si cette inégalité de traitement est objectivement et raisonnablement justifiée'.

(11) 'B.6. La situation différente du ministère public et de l'inculpé justifie raisonnablement que, si l'instruction se termine par une ordonnance de non-lieu qui met fin à l'action publique dont le ministère public a la charge, celui-ci puisse, dans l'exercice de la mission légale qui est la sienne, faire valoir en degré d'appel l'existence de charges qu'il estime suffisantes pour renvoyer l'inculpé devant la juridiction de jugement, tandis que l'inculpé ne dispose pas de la même voie de recours contre une ordonnance de renvoi.

L'ordonnance de non-lieu, en effet, met fin à l'action publique et ne permet au ministère public de reprendre celle-ci qu'en requérant la réouverture de l'instruction en raison de charges nouvelles. L'ordonnance de renvoi, au contraire, permet à l'inculpé de faire valoir tous ses moyens de défense devant le juge du fond.

Les mêmes motifs justifient que la partie civile dispose du même recours que le ministère public puisqu'une ordonnance de non-lieu met fin, pour elle aussi, à l'action pénale sur laquelle elle a greffé son action et qu'elle ne peut poursuivre celle-ci que devant le juge civil'.

stade de l'instruction, les irrégularités qui entacheraient une décision de non-lieu ou de renvoi (12) (13).

En conclusion dans cette affaire, si la Cour admet le bien-fondé de l'impossibilité pour un inculpé d'invoquer en appel l'insuffisance des charges, elle estime que, en ne lui permettant pas de justifier un appel contre une ordonnance de renvoi par l'irrégularité d'une mesure d'instruction, le législateur a adopté une disposition disproportionnée à l'objectif poursuivi (14).

5. La brèche une fois ouverte, il restait à la Cour d'arbitrage à préciser dans quels autres cas éventuels il y avait lieu, pour éviter toute discrimination injustifiée entre le ministère public et la partie civile, d'une part, et l'inculpé, d'autre part, de réserver à ce dernier un droit d'appel contre une ordonnance de renvoi. C'est ce qu'elle fait dans un arrêt n° 22/95 du 2 mars 1995 (15).

Reprenant exactement le même raisonnement que dans l'arrêt précédant, elle poursuit en considérant que pour atteindre l'objectif que s'est fixé le

(12) 'B.7. L'article 539 du Code d'instruction criminelle ne se limite cependant pas à empêcher l'inculpé de contester, en degré d'appel, l'existence de charges suffisantes pour le renvoyer devant la juridiction de jugement. Il lui interdit également de contester la décision de renvoi en alléguant l'irrégularité d'actes d'instruction qui lui sont défavorables, alors que le ministère public et la partie civile peuvent contester une décision de non-lieu fondée sur l'irrégularité d'actes d'instruction.

B.8. La situation différente de l'inculpé, décrite au B.6, ne suffit pas à justifier cette différence de traitement. Il est de l'intérêt tant du ministère public et de la partie civile que de l'inculpé de permettre à chacun de faire valoir, dès le stade de l'instruction, les irrégularités qui entacheraient une décision de non-lieu ou de renvoi'.

(13) Cette position était déjà soutenue par une partie de la doctrine; voir p. ex. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, éd. Coll. scient. Fac. Droit de Liège et éd. Jeune Barreau de Liège, 1989, p. 376; H.-D. BOSLY, *L'égalité des armes' dans la phase préparatoire du procès pénal*, *Liber amicorum Em. E. Krings*, Bruylant, 1991, pp. 449-450; F. PIEDBOEUF, *Réveil ou déclin des droits de la défense*, obs. sous Liège (ch. m. acc.), 18 avril 1985, *J.L.*, 1985, pp. 665 à 672; voir d'autres références dans D. RENDERS, obs. sous C.A., 1^{er} déc. 1994, *Rev. dr. pén.*, 1995, note 5, p. 281.

(14) 'B.9. En ne permettant pas à l'inculpé de faire valoir, devant la chambre des mises en accusation, qu'il n'existe pas de charges suffisantes pour le renvoyer devant la juridiction de jugement, le législateur a pris une mesure qui repose sur un critère objectif. Elle est en rapport avec le but poursuivi qui est d'assurer la répression des infractions; elle n'est pas disproportionnée à celui-ci.

Mais en limitant le recours offert à l'inculpé contre une décision de renvoi aux seules exceptions d'incompétence, alors que cette limitation ne s'applique pas lorsque le ministère public et la partie civile vont en appel d'une ordonnance de non-lieu de la chambre du conseil fondée sur l'irrégularité d'une mesure d'instruction, le législateur a pris une mesure disproportionnée à l'objectif qu'il poursuit. Dans cette mesure, l'article 135 du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution'.

(15) *M.B.*, 10 mai 1995, p. 12411; *J.L.M.B.*, 1995, p. 380 et obs. L. DEHIN et P. HENRY; *J.T.*, 1995, p. 364 et obs. O. KLEES; *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 656 et note H.-D. B.

législateur – à savoir l'organisation d'un système de répression des infractions qui soit efficace sans sacrifier les droits de défense – il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à refuser à l'inculpé le droit d'introduire un recours et d'invoquer *des moyens qui, s'ils étaient fondés, seraient de nature à mettre réellement un terme à l'action publique*; elle mentionne à ce titre la prescription, ou le moyen alléguant que l'accusation se fonde de manière déterminante sur des éléments entachés d'irrégularités de procédure. Et de conclure qu'il 'est de l'intérêt de la société que le ministère public représente, de la partie civile et de l'inculpé de permettre à chacun de faire valoir, devant la juridiction d'instruction, *pour autant qu'ils soient de nature à mettre un terme à l'action publique*, des irrégularités de procédure ou d'autres motifs, à l'exception de l'insuffisance des charges' (motif B.8) (16).

Le critère retenu par la Cour d'arbitrage est donc le moyen de nature à mettre fin à l'action publique. En définitive, comme le relève très justement O. KLEES, si l'on combine les deux arrêts, sera recevable l'appel fondé sur l'irrégularité d'un acte d'instruction ou tiré d'un moyen qui, s'il était accueilli, serait de nature à mettre un terme à l'action publique (17).

La jurisprudence s'est dès lors attachée à identifier les moyens susceptibles de donner lieu à un appel dans le chef de l'inculpé; parmi ceux-ci figurent la prescription de l'action publique mentionnée par la Cour elle-même, l'autorité de chose jugée (18), voire le dépassement du délai raisonnable (19), etc. (20), et enfin, les irrégularités d'un acte d'instruction (21).

(16) C'est nous qui soulignons.

(17) O. KLEES, obs. sous C. A., 2 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 365; en ce sens, Liège (ch. m. acc.), 11 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1574 et *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 207 et note.

(18) Liège (ch. m. acc.), 11 avril 1995, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 210.

(19) Pour autant qu'il soit considéré comme entraînant l'irrecevabilité des poursuites. Voir p. ex. Corr. Namur, 9 sept. 2000, *Journ. proc.*, 26 janv. 2001, n° 407, p. 30; cette jurisprudence n'a jamais été suivie par la Cour de cassation pour qui les seules conséquences du dépassement du délai raisonnable résidaient dans l'appréciation des preuves et dans la sanction: Cass., 27 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 983. La question ne se poserait plus actuellement dans ces termes en raison du nouvel article 21^{ter} du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle (voir p. ex. F. KUTY, 'Tendances récentes en matière de délai raisonnable', dans *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 125 et s. A la lecture de Cass., 31 oct. 2001 (*J.T.*, 2002, p. 44), on peut penser que les sanctions du dépassement du délai raisonnable énumérées par le nouvel article 21^{ter} du Code d'instruction criminelle ne soit pas exhaustives, laissant la place à l'irrecevabilité des poursuites.

(20) Tel est aussi le cas du moyen tiré d'une violation du secret professionnel entachant l'acte de dénonciation qui serait à la base des poursuites: Liège (ch. m. acc.), 25 janv. 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 667.

(21) Voir sur cette question, O. KLEES, obs. sous C.A., 2 mars 1995, *J.T.*, 1995, pp. 365-366; Bruxelles (ch. m. acc.), 6 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1572 (l'absence d'audition de l'inculpé par le juge d'instruction ne peut être considérée comme une lacune de l'instruction équivalant à une irrégularité de procédure, susceptible de mettre un terme à l'action publique, que si elle entraîne pour l'inculpé une atteinte aux droits de la défense, elle n'autorise donc pas l'appel).

6. En réponse aux nouvelles questions préjudicielles qui lui seront soumises relativement au droit d'appel de l'inculpé contre l'ordonnance de renvoi, la Cour d'arbitrage ne variera plus. Ainsi, dans un arrêt n° 29/98 du 18 mars 1998, elle était interrogée sur l'absence d'appel de l'inculpé suite au refus de la chambre du conseil de lui accorder le bénéfice de la suspension du prononcé de la condamnation, 'mesure qui si elle était accordée par la juridiction d'instruction mettrait un terme à l'action publique en cas de non-révocation' (22). Rappelant sa précédente décision, la Cour précise simplement qu'on ne peut en déduire qu'il faut permettre un appel contre l'ordonnance de renvoi refusant la suspension du prononcé, sous peine de contraindre la chambre des mises en accusation à procéder non seulement à un examen du bien-fondé de l'argumentation avancée par l'inculpé à l'appui de cette demande, mais aussi du fondement des poursuites mêmes (motif B.9). On retrouve ici l'argument habituel consistant à dire que le prévenu aura encore tout le loisir de faire valoir ses arguments – en l'espèce, à l'appui d'une demande de suspension du prononcé – devant la juridiction de fond (23).

7. Entre-temps, comme on l'a dit, la loi du 2 mars 1998 a profondément modifié l'article 135 du Code d'instruction criminelle en ouvrant un droit d'appel à l'inculpé bien au-delà de ce qu'exigeait la Cour d'arbitrage pour éviter toute discrimination injustifiée: selon le nouvel article 135, il n'est pas requis que le moyen mette un terme à l'action publique, même si l'existence d'une cause d'extinction – à laquelle il faut ajouter les causes d'irrecevabilité – des poursuites constitue assurément un motif d'appel; il suffit que soit invoquée une irrégularité, omission ou nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve, ou l'ordonnance de renvoi elle-même.

La modification de l'article 135 du Code d'instruction criminelle constituait certes une avancée majeure dans la recherche d'un meilleur équilibre entre les parties au procès pénal. Elle n'a pas pour autant mis totalement fin à la contestation, laissant voir le jour à de nouvelles questions préjudicielles.

Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 69/2001 du 30 mai 2001 (24): le requérant contestait le fait qu'il ne dispose que d'un appel limité aux irrégularités, omissions ou causes de nullité visées à l'article 131, § 1^{er} nouveau du Code d'instruction criminelle, sans pouvoir

(22) *M.B.*, 26 mai 1998, p. 16881; *J.L.M.B.*, 1998, p. 664; *R.W.*, 1998-99, p. 538.

(23) Dans le même sens, voir Cass., 1^{er} juin 1994, *J.T.*, 1995, p. 826; *Pas.*, 1994, I, p. 538 qui estime qu'une violation des droits de la défense ne peut se déduire du fait que l'inculpé n'a pas d'appel contre une ordonnance de la chambre du conseil refusant la suspension du prononcé; Anvers (ch. m. acc.), 2 nov. 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 505; Bruxelles (ch. m. acc.), 15 févr. 1996, *J.T.*, 1996, p. 469 et note O. KLEES.

(24) *M.B.*, 11 sept. 2001, p. 30540.

interjeter appel de l'ordonnance de renvoi lorsqu'il considère qu'il n'existe aucune charge contre lui ou lorsque la chambre du conseil a refusé de contraventionnaliser un délit, et on peut ajouter, ou de correctionnaliser un crime, alors que l'appel est ouvert sans restriction au ministère public et à la partie civile. S'appuyant explicitement sur ses arrêts précédents et reprenant exactement le même raisonnement, la Cour d'arbitrage arrive à la même conclusion que dans l'arrêt du 18 mars 1998 qui vient d'être évoqué: de l'intérêt de tous que puissent être examinés les moyens susceptibles de mettre un terme à l'action publique il ne peut se déduire qu'il faut permettre à l'inculpé d'interjeter appel de l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil sur la base de la non-contraventionnalisation et de la non correctionnalisation. Deux motifs sont avancés par la Cour: d'une part, un tel moyen n'est pas de nature à mettre immédiatement un terme à l'action publique, et d'autre part, les juridictions de jugement sont libres d'admettre encore l'existence de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse atténuante. On retrouve ici l'argument traditionnel.

8. Pour terminer la litanie des arrêts significatifs rendus par la Cour d'arbitrage à propos du droit d'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi, on peut encore évoquer l'arrêt n° 58/2001 du 8 mai 2001 (25); celui-ci était appelé à statuer sur une éventuelle discrimination tirée du fait que, hormis le cas prévu à l'article 539 du Code d'instruction criminelle, l'article 135 ne permet pas à l'inculpé d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi s'il n'a pas déposé de conclusions écrites devant la chambre du conseil relativement aux irrégularités, omissions ou causes de nullité qu'il entend faire valoir devant la chambre des mises en accusation (26), alors que l'appel est inconditionnellement ouvert au ministère public et à la partie civile. Encore une fois, la Cour d'arbitrage reproduit exactement le raisonnement qu'elle a tenu d'arrêt en arrêt, rappelant la différence fondamentale de rôles existant entre le ministère public et l'inculpé, mais aussi que, si le législateur organise une procédure spécifique de clôture de l'instruction, les conditions de recevabilité de l'appel contre la décision de la chambre du conseil ne peuvent varier selon la personne qui exerce le recours (motifs B.2 à B.6).

Pour la suite, la Cour d'arbitrage s'exprime un peu différemment: elle constate qu'il n'existe pas de principe général de droit du double degré de juridiction; cependant, lorsque le législateur prévoit un appel, il doit, dans ce cadre, garantir un déroulement équitable de la procédure, respectant notamment l'égalité des armes. À ce titre, les conditions de recevabilité de l'appel énoncées

(25) *M.B.*, 3 juill. 2001, p. 22795; *Juristenkrant*, 2001, n° 30, p. 7 et note; *adde*, C.A., 9 janv. 2002, n° 5/2002, *J.T.*, 2002, p. 150, libellé exactement de la même manière.

(26) Voir p. ex. Cass., 3 oct. 2000, *J.T.*, 2001, p. 775; Bruxelles (ch. m. acc.), 11 juin 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1030.

par le législateur ne peuvent être telles qu'elles en viennent à restreindre ce droit dans sa substance même. La disposition selon laquelle l'appel n'est recevable que si le moyen a été invoqué en termes de conclusions écrites devant la chambre du conseil est raisonnablement justifiée dans la mesure où elle est proportionnée au but poursuivi, à savoir éviter que des moyens soient soulevés inconsidérément devant la chambre du conseil et éviter des problèmes de preuve concernant la recevabilité de l'appel. La Cour conclut que la loi n'impose pas à l'inculpé une obligation disproportionnée, puisqu'il sait à l'avance qu'il doit déposer des conclusions écrites s'il veut se réserver la faculté d'interjeter appel de l'ordonnance de la chambre du conseil (27).

II. QUELQUES RÉFLEXIONS SUR CES ARRÊTS

9. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est construite par strates successives: sans rien abandonner des motifs de la décision précédente, l'on ajoute la solution au problème nouveau soumis à la Cour. Seul le dernier arrêt évoqué échappe en partie à cette construction pour introduire des données nouvelles.

Les deux premiers arrêts ont suscité commentaires, interrogations et critiques. Ainsi R. DECLERCQ considère que la Cour d'arbitrage fait un mauvais procès à l'article 135 du Code d'instruction criminelle dans la mesure où la règle mise

(27) 'B.7. Il n'existe pas de principe général de droit du double degré de juridiction. Toutefois, lorsque le législateur prévoit la voie de recours de l'appel, il doit à cette occasion garantir un déroulement équitable de la procédure.

Le droit d'accès au juge, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable, peut être soumis à des conditions de recevabilité, notamment en ce qui concerne l'usage d'une voie de recours. Ces conditions ne peuvent toutefois restreindre le droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance même. Le droit de faire usage d'une voie de recours prévue par le législateur serait violé si les restrictions imposées ne tendaient pas vers un but légitime ou s'il n'existait pas un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Le principe d'égalité des armes, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable, implique l'obligation d'offrir à chaque partie la possibilité de faire valoir ses arguments dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière manifeste par rapport à la partie adverse.

B.8. La possibilité d'interjeter appel devant la chambre des mises en accusation, sur la base d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité qui auraient une influence sur un acte d'instruction ou sur l'obtention de la preuve, vise à purger l'instruction de ces irrégularités avant que l'affaire soit déférée à la juridiction de jugement.

Selon les travaux préparatoires, la condition en vertu de laquelle le moyen doit avoir été invoqué devant la chambre du conseil pour qu'il puisse être interjeté appel de manière recevable contre l'ordonnance de renvoi a été instaurée afin d'éviter que des moyens soient soulevés inconsidérément devant la chambre du conseil. Le fait d'exiger que le moyen soit invoqué par conclusions écrites vise à éviter les problèmes de preuve concernant la recevabilité de l'appel (...).

B.9. Cette préoccupation justifie raisonnablement la mesure en cause. Elle n'impose pas à l'inculpé une obligation disproportionnée puisqu'il sait, à l'avance, qu'il doit déposer des conclusions écrites s'il veut se réserver la faculté d'interjeter appel de l'ordonnance de la chambre du conseil'.

en cause ne résulte pas de cette disposition, et encore moins de l'article 539 que la Cour appelle en quelque sorte à la rescousse, mais bien des principes de droit; or la Cour n'a pas compétence pour remettre ces principes en cause (28).

Parmi les interrogations suscitées par ces arrêts de la Cour d'arbitrage, il faut également mettre en exergue la question des effets concrets d'un arrêt qui conclut à un constat de carence, ou plus exactement à une limitation excessive d'un droit: dans certains cas, l'inculpé ne dispose pas du droit d'appel indispensable à éviter une discrimination injustifiée. Est-ce à dire qu'il est du pouvoir de la Cour d'arbitrage de lui conférer, par l'intermédiaire des chambres des mises en accusation liées par l'autorité de l'arrêt, un droit d'appel qui est exclu par la loi (29)? Nous aurons l'occasion de revenir à cette problématique.

Ces deux premiers arrêts, réexaminés avec un peu de recul, éclairés par les décisions ultérieures, soulèvent peut-être encore plus de questions qu'il n'y paraissait à première vue.

10. La question préjudicielle mettait en évidence une discrimination injustifiée entre le ministère public et la partie civile, d'une part, et la défense, de l'autre (30). La Cour aurait pu se contenter de constater la différence fondamentale existant entre ces deux 'parties' au procès pénal, la première accomplissant, 'dans l'intérêt de la société, les missions de service public relatives à la recherche et à la poursuite des infractions (...)' et exerçant l'action publique, la deuxième défendant son intérêt personnel (31). Elle aurait pu s'arrêter à la conclusion que 'cette différence justifie raisonnablement que, tout au long de l'instruction, le ministère public jouisse de prérogatives dont la constitutionnalité ne peut être appréciée en procédant à une comparaison de sa situation avec celle de l'inculpé' (32). Selon la Cour, ce raisonnement ne

(28) R. DECLERCQ, 'Het niet-ontvankelijk hoger beroep van de verdachte tegen zijn verwijzing naar de rechtbank', note sous C.A., 1^{er} déc. 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 1225. Il n'est cependant pas rare que la Cour procède de la sorte pour autant que la question préjudicielle mette en cause une disposition légale spécifique, fût-elle pur prétexte; il en est par exemple ainsi dans l'arrêt n° 24/97 du 30 avril 1997 (*J.L.M.B.*, 1997, p. 788 et note A. MASSET) en matière d'expertise pénale.

(29) Sur cette question, voir L. DEHIN et P. HENRY, 'Droit d'appel de l'inculpé renvoyé devant les juridictions correctionnelles: une précision et une question', obs. sous C.A., 2 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 383 à 385; J. DE CODT, 'Le recours de l'inculpé contre l'ordonnance de renvoi', *IDj*, 1994, p. 995.

(30) Cette problématique sous-tend régulièrement des questions préjudicielles; voir p. ex. C.A., 18 avril 2001, n° 53/2001 (*M.B.*, 20 juin 2001, p. 21095; *adde* note P. MORLET, *Journ. proc.*, 18 mai 2001, n° 415, p. 28) relatif à la descente sur les lieux.

(31) P. ex., C.A., 1^{er} déc. 1994, n° 82/94, B. 4.

(32) *Idem.*

vaut que 'jusqu'à la saisine de la chambre du conseil' (33); pour le surplus, elle entend aller plus loin: dès lors que le règlement de la procédure est formalisé, il y a lieu d'assurer une certaine égalité entre les parties. Ce faisant, elle rejoint tout à fait le propos de la Commission pour le droit de la procédure pénale, d'abord, et du législateur lorsqu'il a adopté la loi du 2 mars 1998, ensuite. Il restait donc à la Cour à vérifier si les limitations apportées au droit d'appel de l'inculpé étaient raisonnablement justifiées au regard du but poursuivi par le législateur, alors que le droit d'appel du ministère public est inconditionnel.

Dans ce contexte, la Cour reprend les justifications classiques: en l'absence d'appel contre une ordonnance de non-lieu, le ministère public serait tout à fait dépourvu (sous réserve d'une réouverture de l'instruction pour charges nouvelles) dans la mesure où celle-ci met fin à l'action publique; en conséquence, 'dans l'exercice de la mission légale qui est la sienne, [le ministère public doit pouvoir] faire valoir en degré d'appel l'existence de charges qu'il estime suffisantes pour renvoyer l'inculpé devant la juridiction de jugement' (34).

Selon la Cour (et la doctrine et la jurisprudence traditionnelles), l'inculpé se trouve dans une situation tout à fait différente puisque, à la suite d'une ordonnance de renvoi, il peut encore faire valoir, devant le juge du fond, tous ses moyens de défense, y compris l'insuffisance non plus de charges mais de preuves (35). Il s'agit évidemment là d'un choix du législateur de considérer que les intérêts de la défense sont ainsi entièrement préservés. Personne ne niera cependant que l'inculpé a tout intérêt à bénéficier d'une ordonnance de non-lieu rendue à l'abri de la publicité des audiences plutôt que d'un jugement d'acquiescement (36). Dans cette perspective, rien n'empêcherait, en soi, de considérer que, comme toute décision ayant un impact majeur sur la situation du justiciable, une ordonnance concluant à l'existence de charges suffisantes pour justifier le renvoi devant le juge du fond devrait pouvoir être contestée en appel (37). Ni la Cour ni le législateur ne vont jusque là.

La différence de traitement dénoncée entre l'inculpé et la partie civile peut, quant à elle, s'analyser sans difficultés sous l'angle des exigences des articles 10

(33) Il est à noter que dans l'arrêt du 1^{er} décembre 1994, la Cour justifiait cette différence de traitement entre le ministère public et l'inculpé 'tout au long de l'instruction' (B.4); elle abandonnera cette expression pour retenir celle de 'jusqu'à la saisine de la chambre du conseil' dès l'arrêt du 2 février 1995 (B.4).

(34) P. ex., C.A., 1^{er} déc. 1994, n° 82/94, B.6.

(35) Sur cette question, voir A. JACOBS, 'Les notions d'indices et de charges en procédure pénale', note sous Corr. Verviers (ch. cons.), 11 juill. 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 262 à 266.

(36) O. KLEES, obs. sous C.A., 2 mars 1995, n° 22/95, *J.T.*, 1995, p. 365.

(37) Voir en ce sens M. PREUMONT, 'Actualité législative foisonnante, questions d'actualité brûlantes et jurisprudence fondamentale', *IDj*, 1995, p. 60.

et 11 de la Constitution (éventuellement combinés avec l'art. 6 Conv. eur. D.H.) qui excluent toute discrimination injustifiée entre des catégories de personnes ayant des positions comparables ou, pour l'article 6 de la Convention européenne, qui requiert le respect de l'égalité des armes (38). En effet, toutes deux défendent des intérêts privés, à la différence près que les enjeux ne sont pas de même nature pour l'un et pour l'autre.

Curieusement, la Cour assimile la partie civile au ministère public et la fait bénéficier des mêmes arguments: 'les mêmes motifs (39) justifient que la partie civile dispose du même recours que le ministère public'. La référence aux mêmes motifs au pluriel n'est probablement qu'une erreur de plume (que l'on retrouvera dans les arrêts ultérieurs) puisque la Cour poursuit très heureusement en précisant: 'puisque'une ordonnance de non-lieu met fin, pour elle aussi, à l'action pénale sur laquelle elle a greffé son action civile et qu'elle ne peut poursuivre celle-ci que devant le juge civil' (40). Mais on pourrait aussi comprendre que la Cour entend n'entraver d'aucune manière la partie civile dans son pouvoir de mettre l'action publique en mouvement, à l'instar du ministère public, ce qui justifierait en quelque sorte l'assimilation de la partie civile à la partie publique, au risque de lui reconnaître une mission de service public.

Dans un arrêt du 17 mars 1999, relatif à l'obligation pour la chambre des mises en accusation de condamner à des dommages-intérêts la partie civile qui succombe dans son appel contre une ordonnance de non-lieu, la Cour d'arbitrage insiste très justement à la fois sur l'ampleur et sur le caractère exceptionnel des prérogatives de la partie civile dans ce cadre, ce qu'elle ne fait pas du tout dans les arrêts qui nous occupent: 'La voie de recours ouverte à la partie civile par l'article 135 du Code d'instruction criminelle est une exception à la règle selon laquelle l'action publique est exercée par le ministère public. L'appel interjeté par la partie civile a un effet identique à celui de l'appel du ministère public, puisque la chambre des mises en accusation ne se prononce pas sur l'action civile, mais bien sur l'action publique (...). La mesure critiquée est la contrepartie du droit exceptionnel donné à la partie civile de prolonger l'action publique' (B.3.3). '(...) C'est précisément parce que la partie civile, par son opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil, se meut dans la

(38) Sur cette question, voir J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 411, n^{os} 469 et 470; ces auteurs relèvent que la notion d'égalité des armes est assez voisine du principe de non-discrimination défini à l'article 14 de la Convention.

(39) Pour rappel, sont visés la mission légale de service public du ministère public et le fait qu'il exerce l'action publique, ainsi que la nécessité de pouvoir contester l'ordonnance de non-lieu.

(40) P. ex., C.A., 1^{er} déc. 1994, n^o 82/94, B.7.

sphère de l'action publique que le législateur a légitimement pu être plus sévère (...) (B.3.4) (41).

Ceci dit, la Cour aurait pu tenir un tout autre raisonnement en disant que la partie civile agissant au pénal ne poursuit que son intérêt personnel, au même titre que l'inculpé, et que si elle n'aboutit pas dans ses prétentions devant le juge pénal, elle peut encore les faire valoir devant le juge civil (au même titre que l'inculpé qui n'est pas entendu par la chambre du conseil peut encore faire valoir ses arguments devant le juge du fond). Ce serait sans doute réduire à peu de chose le fait que la plainte avec constitution de partie civile (de même que la citation directe) a été prévue par le législateur pour faire contrepoids au pouvoir de classement sans suite du ministère public. C'est la position adoptée par la Cour d'arbitrage dans un arrêt n° 12/2000, beaucoup plus récent, certes, du 2 février 2000, qui avait à examiner la compatibilité de l'article 248 du Code d'instruction criminelle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (42).

L'article 248 prévoit que, suite à une ordonnance de non-lieu, l'instruction ne peut être rouverte pour charges nouvelles qu'à l'initiative du seul ministère public, et non de la partie civile (43), qui plus est, ne dispose d'aucun recours contre la décision négative du ministère public. C'était précisément cette différence qui avait suscité la question préjudicielle. La Cour commence par souligner la diversité de rôles existant entre le ministère public et la partie civile, diversité justifiant un traitement différent de l'un et de l'autre. 'Dès lors, en effet que l'exercice de l'action publique appartient en règle au ministère public et que l'ordonnance de non-lieu met, précisément, fin à cette action, le législateur a pu estimer qu'il convenait de réserver, en cas de survenance de charges nouvelles, au seul ministère public le soin d'apprécier – dans le respect de l'article 247 – celles-ci et de reprendre, le cas échéant, l'action publique en sollicitant la réouverture de l'instruction' (B.4.2). Poursuivant, la Cour fait droit à la crainte du législateur de voir la partie civile abuser, à l'encontre de l'intérêt général, de la faculté de faire rouvrir l'instruction pour charges nouvelles si elle lui était conférée. Il saute aux yeux que le même raisonnement aurait pu prévaloir en ce qui concerne le pouvoir de former appel contre une

(41) C.A., 17 mars 1999, n° 34/99, *M.B.*, 26 juin 1999, p. 24237.

(42) *M.B.*, 8 avril 2000, p. 11132; *Dr. circ.*, 2000, p. 208; *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 956; *Arr. C.A.*, 2000, p. 105; on trouve le même argument, mais énoncé de manière accessoire, dans l'arrêt n° 34/99 du 17 mars 1999 (*M.B.*, 26 juin 1999, p. 24237) relatif à l'article 136 du Code d'instruction criminelle; après avoir montré le rôle exceptionnel confié à la partie civile par le législateur et considéré que les limites à son droit d'appel sont proportionnées au but poursuivi par ce dernier, à savoir éviter les abus de procédure, la Cour termine en ajoutant: 'La mesure ne limite pas de manière excessive les droits des parties civiles: celles-ci ont la faculté de porter leurs demandes devant le juge civil (...) (B.3.5).

(43) Voir Cass., 25 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1600 (cette règle ne viole pas le droit à un procès équitable).

ordonnance de non-lieu, sous réserve que, comme on l'a vu, en vertu de l'ancien article 136 du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation qui déboutait la partie civile de son appel était tenue de la condamner à des dommages et intérêts (44) (cette disposition a disparu avec la 'réforme Franchimont').

La Cour relève encore que l'article 248 du Code d'instruction criminelle, en ne permettant pas à la partie civile de solliciter la réouverture de l'instruction pour charges nouvelles ni de contester le refus du ministère public, ne limite pas de manière excessive les droits de la personne qui se prétend lésée; en effet, la possibilité d'exercer son action civile devant les juridictions civiles, et de l'appuyer, le cas échéant, au moyen des charges qu'elle estime nouvelles, est intacte (B. 5).

Si la Cour avait déjà adopté cette position en statuant sur la problématique de l'article 135, elle aurait dû en conclure qu'il ne se justifiait pas de conférer un droit d'appel à la partie civile. Cela posait deux problèmes: est-il de la compétence de la Cour de déclarer un droit reconnu par la loi à une partie inconstitutionnel, de telle sorte que par l'effet de l'autorité s'attachant à ses arrêts, cette partie en soit privée à l'avenir (45)? D'autre part, était-il justifié de priver la partie civile de ce droit d'appel pour rétablir l'équilibre ou fallait-il, au contraire, conférer le même droit inconditionnel à l'inculpé, ce qui, comme on l'a vu, pose également la question des pouvoirs de la Cour de créer un droit qui n'est pas prévu par la loi (46). En d'autres termes, en tentant d'éliminer une discrimination, la Cour n'en a-t-elle pas créé une autre? À quand une question préjudicielle invoquant précisément la discrimination existant éventuellement entre l'inculpé et la partie civile (en laissant de côté le ministère public)?

L'assimilation de la partie civile au ministère public montre ses limites à un autre point de vue. En effet, la Cour, dans son arrêt du 2 mars 1995, conclut que la différence de rôles de l'inculpé par rapport au ministère public et à la partie civile ne suffit pas à justifier cette différence de traitement (B.9). 'Il est de

(44) Cass., 30 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 402; Cass., 31 oct. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 970. Pour rappel, cette disposition a fait l'objet d'une question préjudicielle et a donné lieu à un arrêt n° 34/99 du 17 mars 1999, *M.B.*, 26 juin 1999, p. 24237; la Cour estime la mesure proportionnée au but du législateur d'éviter que la partie civile n'abuse de son droit.

(45) Sur cette question, voir H. SIMONART, obs. sous C.A., 15 mai 1996, n° 31/96, *J.T.*, 1997, p. 4.

(46) Sur cette problématique, voir O. KLEES, obs. sous C.A., 2 mars 1995, n° 22/95, *J.T.*, 1995, p. 365; J. DE CODT, 'Le recours de l'inculpé contre l'ordonnance de renvoi', *IDj*, 1994, p. 995; L. DEHIN et P. HENRY, 'Droit d'appel de l'inculpé renvoyé devant les juridictions correctionnelles: une précision et une question', obs. sous C.A., 2 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 384-385; Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage - aspects théoriques et pratiques*, Bruylant, 2001, pp. 262 et s.

l'intérêt de la société, dit-elle, que le ministère public représente, de la partie civile et de l'inculpé de permettre à chacun de faire valoir, devant la juridiction d'instruction, pour autant qu'ils soient de nature à mettre un terme à l'action publique, des irrégularités de procédure ou d'autres motifs, à l'exception de l'insuffisance des charges'. Autant ce motif convient pour le parquet, garant de la légalité et de la régularité des poursuites et du procès, et pour l'inculpé, autant il est inadapté pour la partie civile qui ne souhaite évidemment pas voir surgir le plus tôt possible des contestations sur la régularité de la procédure, espérant toujours que l'action publique et, dans la foulée, l'action civile, aboutissent en dépit des débats qui auraient pu être élevés à ce propos.

Avec ce type de considération, la Cour quitte le domaine de la comparaison stricte du régime des différentes parties au procès pénal pour entrer dans la logique et la cohérence d'ensemble de la procédure. Ceci tend à montrer que le seul critère de la (non-)discrimination ne lui permet pas d'appréhender l'ensemble de la problématique qui lui est soumise.

Les mêmes difficultés se retrouvent dans l'arrêt du 18 mars 1998 estimant que l'absence d'appel de l'inculpé contre le refus de la chambre du conseil de lui accorder la suspension du prononcé ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, puisqu'il se fonde sur les mêmes motifs.

À propos de cet arrêt, on peut relever que la Cour aurait pu considérer que l'ordonnance de la chambre du conseil refusant la suspension du prononcé ne met pas fin aux poursuites, dès lors que celles-ci restent possibles durant le délai d'épreuve (47), ce motif justifiant l'absence d'appel dans le chef de l'inculpé. Elle ne semble pas tenir ce raisonnement et conclut sa démonstration par l'observation que si la chambre des mises en accusation pouvait être saisie en appel de pareille ordonnance, cela l'obligerait non seulement à un examen du bien-fondé de l'argumentation de l'inculpé, mais aussi à un examen du fondement même des poursuites (B.9). On trouvera la même considération dans l'arrêt du 30 mai 2001 statuant sur la possibilité – non reconnue à l'inculpé – d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi refusant la conventionnalisation ou la correctionnalisation. L'argument porte un peu à faux car, comme pour l'existence de charges suffisantes, rien ne ferait obstacle, en soi, à confier pareille mission à la chambre des mises en accusation (48). Il s'agit simplement d'un choix du législateur que, précisément, la chambre des mises en accusation de Liège soumettait au contrôle de la Cour d'arbitrage.

(47) Art. 3, dern. al. *a contrario* de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

(48) En ce sens, pour ce qui concerne la suspension du prononcé, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2^e éd., la Charte, 2001, p. 587.

12. Les arrêts des 8 et 30 mai 2001 répondent tous deux à une question préjudicielle mettant en cause l'article 135 du Code d'instruction criminelle alors que sa nouvelle version est déjà en vigueur. On a dès lors la surprise de constater que le second est construit de manière déterminante à partir des arrêts antérieurs, tandis que le premier intègre davantage dans le raisonnement les modifications législatives.

Ainsi, l'arrêt du 30 mai 2001, appelé à statuer sur la légitimité de l'absence d'appel contre une ordonnance écartant la contraventionnalisation d'un délit ou la correctionnalisation d'un crime, reprend la différence de rôles entre le ministère public (auquel est plus ou moins assimilée la partie civile) et l'inculpé; cette différence justifie que le premier – ainsi que la partie civile – dispose d'un droit d'appel contre une ordonnance de non-lieu, tandis que l'inculpé est privé de recours contre une ordonnance de renvoi. Ce traitement différencié repose donc sur un critère objectif. Et la Cour de poursuivre 'Elle [cette mesure] est en rapport avec le but poursuivi, qui est d'organiser un système de répression des infractions qui soit efficace sans sacrifier les droits de défense'. Ce faisant, la Cour reprend le considérant B.9 de l'arrêt du 1^{er} décembre 1994 en le rééquilibrant puisque dans cette décision le but poursuivi par le législateur lorsqu'il excluait l'inculpé du droit d'appel tout en adoptant la disposition inverse pour le ministère public et la partie civile était 'd'assurer la répression des infractions', sans plus. À ce propos, on peut également noter que la Cour retient, au titre de but poursuivi par le législateur, un but tout à fait général, celui de toute règle de procédure pénale, alors que dans l'arrêt du 8 mai 2001 par exemple, il se fonde sur le but spécifique de la disposition mise en cause (éviter les moyens dilatoires et les difficultés de preuve).

La Cour d'arbitrage poursuit en considérant que cette différence de situation du ministère public – auquel elle associe toujours la partie civile – et de l'inculpé ne suffit pas à justifier en tout point cette différence de traitement; à ce stade du raisonnement, elle repart sur les arrêts de 1994, 1995 et 1998, tout en notant au passage la modification de l'article 135, mais en conservant intact son raisonnement: il est de l'intérêt de tous de pouvoir soulever le plus tôt possible les irrégularités de l'instruction pour autant qu'elles mettent un terme à l'action publique, sans que la Cour se soit autorisée de cette constatation pour octroyer à l'inculpé un droit d'appel contre toute ordonnance de non-lieu, notamment lorsqu'est soulevé un moyen qui n'est pas de nature à mettre un terme à l'action publique. On aperçoit difficilement la pertinence du raisonnement, puisqu'au moment où la Cour se prononce ainsi, l'article 135 du Code d'instruction criminelle ouvre déjà très largement le droit d'appel à l'inculpé en cas d'irrégularité, de nullité ou d'omission, même si le moyen n'est pas de nature à mettre fin aux poursuites, et cela dans le but d'éviter autant que possible toute discussion devant le juge du fond quant à la régularité de la

procédure d'instruction. Faut-il craindre que la technique du 'copier - coller' envahisse même le raisonnement de la Cour d'arbitrage?

Ce procédé pourrait aussi s'expliquer par le fait que la problématique était identique à celle soulevée dans l'arrêt du 18 mars 1998 (droit d'appel contre une ordonnance rejetant la suspension du prononcé, d'un côté, écartant la contraventionnalisation ou la correctionnalisation, de l'autre), à la différence près que la question préjudicielle à la source de ce dernier avait été posée avant l'entrée en vigueur du nouvel article 135 du Code d'instruction criminelle; la démarche adoptée dans ce dernier arrêt et reprise des arrêts de 1994 et 1995 aurait ainsi été transposée, sans prendre suffisamment en considération le changement de législation intervenu entre-temps.

Dans l'arrêt du 8 mai 2001, en revanche, la Cour prend toute la mesure de cette modification visant à la purge des nullités le plus tôt possible.

Quant à l'autre motif invoqué par la Cour, à savoir le fait que les juridictions de jugement sont libres d'admettre encore l'existence de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse atténuante, on retrouve ici encore l'argument traditionnel; relevons néanmoins que les circonstances atténuantes ou les causes d'excuse retenues par les juridictions d'instruction ou de fond ne produiront pas exactement le même effet: dans le premier cas, elles opéreront une dénaturation de l'infraction avec des conséquences sur la compétence et indirectement mais nécessairement sur la peine, de l'autre, elles n'agiront, le cas échéant, que sur le taux de la peine (49).

13. À propos de l'arrêt du 8 mai 2001 qui, pour rappel, concerne l'exigence d'avoir soulevé préalablement devant la chambre du conseil par conclusions écrites les moyens soumis en appel à la chambre des mises en accusation, la Cour considère que les limitations ainsi apportées par le législateur au droit d'appel de l'inculpé sont proportionnées au but poursuivi par le législateur, à savoir éviter les abus de procédure (50) et les problèmes de preuve concernant

(49) À cet égard, J. DE CODT relève que la loi du 11 juillet 1994 qui supprime les instructions pour rapport et autorise le ministère public à opérer la correctionnalisation des crimes et la contraventionnalisation des délits introduit probablement une nouvelle discrimination en privant les prévenus, de plus en plus nombreux, cités directement par le parquet d'un débat sur cette question à la fois devant la chambre du conseil et devant le juge du fond ('Le recours de l'inculpé contre l'ordonnance de renvoi', *IDj*, 1994, p. 10).

(50) En vue d'atteindre ce but, le législateur a également prévu, dans l'article 235bis, § 5, que les moyens ainsi soulevés ne peuvent plus l'être devant le juge du fond, à l'exception des moyens touchant à l'appréciation de la preuve ou qui concernent l'ordre public (sur les difficultés d'interprétation de cette dernière notion, voir p. ex. P. MORLET, 'Le règlement de la procédure et le contrôle de sa régularité', dans *La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, Dossier de la Rev. dr. pén., 1998, n° 3, pp. 98-99).

la recevabilité de l'appel. Ici encore, on aurait pu utiliser le même argument en ce qui concerne la partie civile et dire qu'il y a également lieu d'éviter les recours intempestifs, mais on a vu ce que pareille proposition pouvait soulever comme difficultés.

On peut relever que la Cour, saisie de la question de la compatibilité de l'article 135 du Code d'instruction criminelle avec les articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, se déclare sans pouvoir pour 'contrôler directement des dispositions législatives au regard de dispositions conventionnelles' (B.3) (51). L'on observera néanmoins que la Cour semble se trouver dans l'impossibilité de faire l'économie des concepts de référence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel le droit à un procès équitable, le droit d'accès au juge qui en constitue un aspect, le principe de l'égalité des armes (B.7). Ces notions, qui ne sont sans doute pas tout à fait étrangères au principe de non-discrimination, lui servent à affiner l'analyse.

En matière pénale, dire qu'il y a ou qu'il n'y a pas discrimination revient à dire qu'on se trouve devant un procès équitable ou non, ou plus précisément, que l'égalité des armes est ou non respectée, sous réserve que la notion d'égalité des armes est une notion positive, celle de non-discrimination une notion négative. Il conviendrait sans doute de comparer la jurisprudence de la Cour d'arbitrage avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme sur ces concepts respectifs, tout en tenant compte du fait que celle-ci appréhende le procès dans son ensemble et *in concreto* (52).

On peut encore faire une observation particulière en ce qui concerne cet arrêt du 8 mai 2001. Si la solution retenue par la Cour semble aussi raisonnable que celle adoptée par le législateur lorsqu'il a remodelé l'article 135, il faut néanmoins observer que l'arrêt ne s'arrête pas à la particularité de l'affaire,

(51) Voir de même le motif B.3 dans l'arrêt n° 69/2001 du 30 mai 2001. Le même problème se pose dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts des 1^{er} décembre 1994, 2 mars 1995 et 26 mai 1998, mais sans que la Cour le relève. La formule généralement utilisée est 'les articles... violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales' (voir p. ex. C.A., 2 févr. 2000, n° 12/2000, *M.B.*, 8 avril 2000, p. 11132; *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 956) ou '(...) les articles 10 et 11 de la Constitution, considérés isolément ou combinés avec l'article 6...' (voir p. ex. C.A., 26 mai 1999, n° 57/99, *M.B.*, 1^{er} sept. 1999, p. 32404).

(52) Notons que la Convention européenne des droits de l'homme, en son article 14, interdit également les discriminations dans les droits et libertés garantis par la Convention: 'La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation'.

particularité qui avait précisément poussé le requérant et la cour d'appel d'Anvers à poser la question préjudicielle: le ministère public requérait le non-lieu devant la chambre du conseil, tandis que celle-ci, comme elle en avait le droit, a prononcé le renvoi. Comme le relève très justement le requérant, devant un réquisitoire de non-lieu du procureur du Roi, 'il ne sied pas, en pareil cas, que l'inculpé soulève des irrégularités, omissions ou causes de nullité' devant la chambre du conseil en vue de pouvoir, le cas échéant, les soumettre à la chambre des mises en accusation. Sans doute n'est-ce là que pure stratégie judiciaire et non règle de droit. Cet aspect des choses n'étant pas intégré dans la question adressée à la Cour, celle-ci n'avait pas à en tenir compte et le dispositif de l'arrêt est tout à fait général.

CONCLUSIONS

14. La tâche de la Cour d'arbitrage n'est décidément pas facile! Il lui est demandé de vérifier si telle disposition légale particulière est compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination, éventuellement lus à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme. Or toute règle particulière se situe dans un ensemble, en principe cohérent. Ainsi chaque règle de procédure fait partie d'un système, dont le but principal n'est certes pas de garantir une égalité parfaite entre les différents intervenants – ministère public, partie civile et défense – (même si ce souci n'est pas absent dans les lois récentes) mais bien d'assurer la poursuite efficace des infractions dans le respect des droits de la défense, pour reprendre l'expression de la Cour elle-même, cela sous réserve de la place et du rôle de la victime. Examiner une disposition procédurale sous le seul angle de l'égalité et de la non-discrimination emporte donc probablement le risque de dénaturer la règle et surtout l'ensemble dont elle fait partie. C'est ce qui explique que la Cour ne peut s'en tenir à une stricte vérification d'égalité et de non-discrimination. Au-delà de cela, elle avalise des options du législateur ou les réfute. Cela apparaît clairement dans le choix de maintenir à la chambre des mises en accusation un rôle de contrôle ponctuel de l'ordonnance de renvoi plutôt que d'en faire la 'doublure' de la chambre du conseil; en sens inverse, l'on a vu la Cour d'arbitrage considérer l'instruction inquisitoire comme en quelque sorte dépassée lorsqu'elle a été saisie de la problématique de l'expertise non

contradictoire (53). C'est toute l'ambiguïté de cette juridiction qui est toujours poussée à la limite entre un contrôle de conformité et la redéfinition des règles et du système.

Il faut, en outre, tenir compte du fait que notre procédure pénale ressemble étrangement à un tapis en patchwork, dont la dominante est faite de coloris passés, usés par le temps, que l'on a essayé de raviver au gré des évolutions, voire des modes, en leur appliquant des touches de couleurs actuelles. Qui peut dire qu'il a encore, à la lecture du Code d'instruction criminelle, une vision claire des lames de fond qui sous-tendent la procédure pénale belge et lui donnent son entière cohérence? Bien des règles d'application quotidienne ne résultent plus d'une disposition légale déterminée, mais de principes généralement admis. C'est donc dans ce dédale que la Cour d'arbitrage doit faire entrer des préoccupations récentes d'égalité et de non-discrimination, sans mettre tout le système à mal.

C'est ce qui explique sans doute aussi que la Cour se sent de temps à autre à l'étroit dans ses propres outils que sont les notions d'égalité et de non-discrimination; elle appelle alors à la rescousse les concepts de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais de manière autonome par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme et sans nécessairement faire référence à la jurisprudence de celle-ci. Il ne serait certainement pas sans intérêt de comparer sa jurisprudence avec la jurisprudence strasbourgeoise, pour autant que cela soit possible au regard des rôles et méthodes de chacune d'elles. On sait qu'un projet tend à rendre la Cour d'arbitrage compétente pour contrôler la conformité des lois et décrets non seulement aux articles 10 et 11 de la Constitution, mais aussi à tout le titre II de la

(53) C.A., 24 juin 1998, n° 74/98, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1280 et note A. SADZOT: 'En revanche, lorsque l'expertise est ordonnée par le ministère public dans le cours de l'information ou par le juge d'instruction dans le cours de l'instruction, il faut tenir compte de ce que le législateur a voulu que la procédure pénale soit *encore* inquisitoire à ces stades afin, d'une part, compte tenu de la présomption d'innocence, d'éviter de jeter inutilement le discrédit sur les personnes, d'autre part, dans un souci d'efficacité, d'être en mesure d'agir vite, sans alerter les coupables' (B.5) (c'est nous qui soulignons). On peut sans doute comprendre le terme 'encore' utilisé par la Cour comme le constat que, dans le déroulement de la procédure, celle-ci est encore inquisitoire, avant de devenir ultérieurement accusatoire; on peut aussi comprendre ce vocable comme l'expression d'un regret, confirmé par la décision de la Cour, ou une invitation adressée au législateur: 'Ces objectifs sont de nature telle que le législateur a pu les regarder comme primordiaux, ce qui n'empêche pas qu'il [le législateur] puisse, sans violer le principe d'égalité, tempérer cette option et déterminer dans quels cas et à quelles conditions une expertise doit être contradictoire, même au stade de l'information ou de l'instruction' (B.5). P. MARTENS écrit à ce propos: cette première réponse avalisait la pratique de l'expertise unilatérale mais laissait la voie ouverte à une éventuelle réforme législative' (*L'influence de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage – L'expertise en matière pénale, Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, éd. Mijs en Breesch, 2000, p. 109).

Constitution consacrant les libertés fondamentales (54) et qui intégrerait les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (55). Sans doute, cette dernière possibilité offrirait plus de souplesse à l'analyse de la Cour d'arbitrage qui, d'emblée, pourrait probablement mieux appréhender les questions dans leur contexte sans devoir forcer les concepts de référence. Il est toutefois évident que cette compétence nouvelle ne serait pas sans susciter d'autres embûches (56).

Une autre difficulté à laquelle est confrontée la Cour d'arbitrage dans les questions qui nous occupent est de savoir si l'égalité et la non-discrimination constituent des critères adéquats pour tendre à un meilleur équilibre de la procédure pénale. En effet, tant il est vrai qu'il doit y avoir une certaine égalité entre la partie poursuivante et la défense en termes d'égalité des armes, tant il est difficile, en particulier au stade de l'instruction, et encore plus de l'information, de comparer sous cet angle ministère public et inculpé; et la Cour ne se fait pas faute de le relever.

C'est peut-être la raison pour laquelle, lorsqu'elle est placée sur le terrain des règles organisant la phase du procès dans laquelle le rôle du ministère public est et reste essentiel, à savoir la phase préparatoire de l'information et de l'instruction, elle situe plutôt le débat sur le registre de la procédure contradictoire ou non contradictoire; tel était par exemple le cas en matière d'expertise ordonnée par le parquet (57) ou par le juge d'instruction (58), ou de descente sur les lieux (59). En revanche, dès que l'on quitte cette phase de la procédure pour entrer dans le débat devant un magistrat, il est possible de revenir aux critères d'égalité et de non-discrimination. On peut cependant se demander s'ils ne sont pas fallacieux, en particulier lorsque l'affaire vient sur citation directe devant le juge du fond; en effet, c'est dans ce cas qu'il est le plus évident que le parquet part avec un avantage substantiel, celui de l'information non contradictoire, et il n'est pas vrai, ni en droit, ni en fait, que tout peut être remis en question et discuté devant le juge du fond: le tribunal de police comme le tribunal correctionnel statuent essentiellement sur

(54) Projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, 2-897-1.

(55) Déclaration de révision de la Constitution, *M.B.*, 5 mai 1999, p. 15368.

(56) Voir p. ex. l'avis du Conseil d'État relatif au projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, 2-897-1, pp. 18 et s.; H. SIMONART et M. VERDUSSEN, 'La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux', *R.B.D.C.*, 2000, pp. 183-190.

(57) Qui ne constitue pas une véritable expertise mais plutôt l'avis d'un conseiller technique (voir p. ex. Cass., 12 sept. 2000, *J.T.*, 2001, p. 316 (sommaire) ou *Pas.*, 2000, n° 463).

(58) C.A., 24 juin 1998, n° 74/98, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1280 et note A. SADZOT.

(59) C.A., 18 avril 2001, n° 53/2001, *M.B.*, 20 juin 2001, p. 21095; *Journ. proc.*, 18 mai 2001, n° 415, p. 28 et note P. MORLET.

dossier, l'instruction d'audience se réduisant, dans le meilleur des cas, à l'audition de quelques témoins; l'information n'est en tout cas jamais entièrement réitérée devant le tribunal de police ou correctionnel, comme c'est le cas devant la cour d'assises.

Est-ce à dire qu'il faudrait rendre l'ensemble de la procédure pénale entièrement contradictoire? Je ne le pense pas, tant pour des raisons d'efficacité, que de respect des personnes, que de coût de la défense.

Que conclure d'autre si ce n'est que la Cour d'arbitrage devra continuer à se débattre avec des critères qui ne sont pas toujours adaptés, aux prises avec des questions ponctuelles qui ne peuvent pourtant être isolées de leur contexte; elle disposera peut-être à l'avenir de moyens nouveaux, tel le contrôle de la conformité des lois et décrets à des dispositions constitutionnelles plus nombreuses, incorporant les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, qui lui faciliteront sans doute la tâche, mais qui seront sans doute sources d'autres difficultés.

31 janvier 2002