

§ 2. Les directives de politique criminelle comme source du droit

Christine GUILLAIN

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

Sur le plan formel, la loi est en principe l'unique source du droit pénal et le Parlement, la seule autorité à adopter des dispositions normatives en droit pénal. C'est ce que nous enseignent les articles 12¹ et 14² de la Constitution qui consacrent les principes de légalité des incriminations et des peines et qui, comme aime à le répéter notre Cour constitutionnelle, « garantissent à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu des règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue »³.

Afin de respecter la séparation des pouvoirs, il est en principe exclu que le pouvoir exécutif intervienne dans l'élaboration de normes, celui-ci n'étant investi que d'un pouvoir d'exécution de la loi, à travers l'élaboration de règlements et d'arrêtés, conformément à l'article 108 de la Constitution⁴. Il n'est cependant pas rare que le législateur abandonne sa compétence législative au pouvoir exécutif par le biais de délégations de pouvoirs. Ces délégations, qui tendent à se multiplier et à élargir leur champ d'application, soulèvent maintes critiques quant au respect du principe de légalité en matière pénale. La Cour constitutionnelle s'en accommode toutefois, considérant que le respect des articles 12 et 14 de la Constitution ne va pas « jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite et de la sanction. Une délégation au Roi n'est pas contraire au principe de légalité en matière pénale pour autant que l'habilitation soit définie de

¹ « Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit. »

² « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi. »

³ C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, M.B., 28 octobre 2004.

⁴ « Le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. »

manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur.»⁵

D'autres instruments juridiques nous semblent également participer à l'érosion du principe de légalité du droit pénal et contribuer à son évolution contemporaine. Tel est le cas des circulaires et des directives ministérielles. Si de nombreux acteurs soulignent leur foisonnement et leur influence indéniable sur l'activité pénale⁶, ces instruments ne trouvent cependant que rarement leur place dans la hiérarchie des normes juridiques et sont bien souvent passés sous silence par les ouvrages traitant des sources du droit pénal.

La présente contribution n'a pas la prétention de se pencher sur l'ensemble des circulaires et directives qui régissent la matière pénale⁷, mais d'aborder les directives de politique criminelle consacrées par la loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux, au terme d'un long processus politique ayant mis en lumière les dysfonctionnements des appareils policier et judiciaire. Si les directives de politique criminelle visent à élaborer une politique criminelle cohérente et uniforme à l'ensemble du Royaume, elles tendent également à encadrer l'action du ministère public, principal destinataire de ces instruments politiques. Ces directives autorisent le ministre de la Justice à adopter des lignes directrices en matière de politique de recherche et de poursuites qui, par leur caractère contraignant, sont susceptibles d'opérer comme de véritables règles de droit. Comme nous le verrons, la tentative avortée d'encadrer l'action du ministère public, au travers des directives de politique criminelle, vient cependant renforcer l'autonomie dont il dispose dans l'exercice de l'action publique.

Quelle est la place des directives de politique criminelle et quel est leur statut parmi les sources du droit pénal? Pour répondre à cette question, nous procéderons en trois temps. En guise de préalable, indispensable à la compréhension des propos qui suivront, nous commencerons par rappeler le fonctionnement de notre système pénal guidé par le principe de l'opportunité des poursuites. L'application de ce principe nous permettra de cerner le rôle central du ministère public au sein du procès pénal et de mieux comprendre

⁵ C.A., 20 octobre 2004, *op. cit.* Pour une analyse détaillée du principe de légalité en matière pénale, cf., dans cet ouvrage, la contribution d'Yves Cartuyvels, « Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif: le jeu pluriel des sources en droit pénal ».

⁶ Cf. notamment CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, 3^e éd., coll. « Droit et Société », L.G.D.J., Paris, 2008, p. 109-110.

⁷ Pour une analyse générale des circulaires, nous renvoyons, dans cet ouvrage, à la contribution de François Belleflamme et Marie Doutrepoint, « Les circulaires en droit administratif général et en droit des étrangers: révision d'un classique des sources alternatives à l'aune de la théorie des sources du droit », dont les développements en droit administratif peuvent être, en grande partie, extrapolés à la matière pénale.

les tentatives du monde politique à vouloir l'encadrer, notamment en recourant à des directives de politique criminelle (I). Dans un deuxième temps, nous examinerons de plus près l'instrument spécifique qu'est la directive de politique criminelle et la place qu'il occupe en Belgique comme source du droit dans la construction, relativement récente, d'une « politique criminelle » destinée à encadrer l'action du parquet. Cet examen nous permettra de proposer quelques réflexions sur la validité des directives de politique criminelle comme source du droit (II).

I. Le traitement des affaires pénales : un quasi-monopole du ministère public

Article 1^{er} du Titre préliminaire du Code de procédure pénale :

« L'action pour l'application des peines ne peut être exercée que par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. »

Article 22 du Code d'instruction criminelle :

« Les procureurs du Roi sont chargés de la recherche et la poursuite des infractions. »

Article 28bis, § 1^{er} du Code d'instruction criminelle :

« L'information est l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique » [...] L'information est conduite sous la direction et l'autorité du procureur du Roi compétent. Il en assume la responsabilité. »

Article 28ter, § 1^{er}, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle :

« Dans le cadre de la politique de recherche déterminée conformément aux articles 143bis et 143ter du Code judiciaire, le procureur du Roi détermine les matières dans lesquelles les infractions sont prioritairement recherchées dans son arrondissement. »

Article 28quater du Code d'instruction criminelle :

« Compte tenu des directives de politique criminelle définies en vertu de l'article 143ter du Code judiciaire, le procureur du Roi juge de l'opportunité des poursuites. Il indique le motif des décisions de classement sans suite qu'il prend en la matière. Il exerce l'action publique selon les modalités prévues par la loi. »⁸

⁸ Cf. aussi l'article 138 du Code judiciaire : « Sous réserve des dispositions de l'article 141, le ministère public exerce l'action publique selon les modalités déterminées par la loi ».

A. *Le principe de l'opportunité des poursuites*

Notre système juridique est guidé par le principe de l'opportunité des poursuites, c'est-à-dire que le ministère public dispose du pouvoir de décider de la suite qui sera donnée aux affaires pénales dont il est saisi. Une fois entrés au parquet, les dossiers peuvent ainsi emprunter une multiplicité de filières : indépendamment de la poursuite d'une infraction devant les cours et tribunaux⁹ ou de l'ouverture d'une instruction, le ministère public peut décider de proposer une transaction pénale ou une médiation pénale ou de recourir au classement sans suite.

La transaction pénale est une procédure qui permet au ministère public, dans les cas prévus par la loi, de proposer l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent par l'auteur de l'infraction (art. 216*bis* C.I.Cr.¹⁰). La médiation pénale est une procédure qui autorise également le ministère public à proposer à l'auteur de l'infraction l'extinction de l'action publique moyennant le respect de certaines conditions cumulables (art. 216*ter* C.I.Cr.¹¹) : indemniser la victime avec, le cas échéant, une médiation entre celle-ci et l'auteur ; exécuter un travail d'intérêt général ou suivre une formation et, si l'auteur invoque comme cause de l'infraction une maladie ou une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants, suivre un traitement médical. Enfin, le classement sans suite consiste dans le fait, pour le ministère public, de mettre un dossier sur le côté moyennant le respect éventuel de certaines conditions, auquel cas on parlera de probation prétorienne. La pratique du

⁹ Par le biais de la citation directe ou d'une convocation par procès-verbal (procédure dite accélérée).

¹⁰ « Lorsque le procureur du Roi estime que le fait ne paraît pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, y compris la confiscation le cas échéant, et qu'il ne comporte pas d'atteinte grave à l'intégrité physique, il peut inviter l'auteur à verser une somme d'argent déterminée au Service public fédéral Finances. » La transaction pénale, introduite en Belgique par un arrêté royal du 10 janvier 1935, a été modifiée à plusieurs reprises dont, récemment, par la loi du 11 juillet 2011 modifiant les articles 216*bis* et 216*ter* du Code d'instruction criminelle et l'article 7 de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social (M.B., 1^{er} août 2011), autorisant son application à des infractions plus graves et à tous les stades de la procédure pénale.

¹¹ « Le procureur du Roi peut convoquer l'auteur d'une infraction et, pour autant que le fait ne paraisse pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités. Lorsque l'auteur de l'infraction invoque comme cause de l'infraction la circonstance d'une maladie ou d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants, le procureur du Roi peut l'inviter à suivre un traitement médical ou toute autre thérapie adéquate, et à en fournir périodiquement la preuve durant un délai qui ne peut excéder six mois. Il peut également inviter l'auteur de l'infraction à exécuter un travail d'intérêt général ou à suivre une formation déterminée d'une durée de 120 heures au plus dans le délai qu'il fixe. Ce délai est d'au moins un mois et de six mois au plus. » La médiation pénale a été introduite dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale (M.B., 27 avril 1994).

classement sans suite peut être déterminée par un ensemble de facteurs tenant tantôt à la structure ou à l'organisation des parquets, tantôt aux éléments du dossier, tantôt encore à la politique criminelle. Depuis la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction dite «loi Franchimont»¹², le ministère public doit indiquer le motif de sa décision de classer un dossier sans suite (art. 28^{quater} C.I.Cr.). Le classement sans suite peut ainsi intervenir pour des motifs d'ordre technique (auteur inconnu, absence d'infraction pénale, prescription de l'action publique...), mais également pour des motifs d'opportunité, lorsque le ministère public estime que les poursuites, bien que possibles, ne sont pas opportunes en raison du jeune âge de l'auteur, de l'absence d'antécédents, du préjudice peu important, du caractère relationnel de l'infraction, des priorités en matière de politique de recherche et de poursuites, de la régularisation de la situation, du dépassement du délai raisonnable, des conséquences disproportionnées des poursuites eu égard au trouble social engendré, des capacités d'enquête insuffisantes¹³...

B. Le parquet dans un rôle d'aiguilleur des trajectoires pénales

Il se dégage des statistiques judiciaires que, sur l'ensemble des affaires portées à la connaissance du parquet, seule une minorité débouche sur le prononcé d'un jugement, la plupart des infractions étant traitées et clôturées au stade du parquet sans saisine du tribunal (Tableau 1). Si cela n'a rien de neuf, l'inflation législative caractéristique de ces dernières décennies et l'augmentation du nombre d'affaires qui en résulte, sans augmentation proportionnelle des moyens, ont néanmoins contribué à renforcer sensiblement l'importance quantitative de la phase d'information dans le traitement des affaires pénales et, dès lors, le pouvoir de décision du ministère public dans les politiques de recherche et de poursuite, ne serait-ce que face au risque de saturation du système. La Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme

¹² M.B., 2 avril 1998.

¹³ Cf. l'annexe 1 de la circulaire COL 12/98 du collège des procureurs généraux concernant la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction. Cette circulaire ne semble pas avoir été publiée, est introuvable sur le site du SPF Justice, mais peut être consultée sur n'importe quel moteur de recherche. Nous reviendrons plus loin sur l'accessibilité des directives et circulaires.

est organisée en Belgique avait ainsi relevé que «le nombre d'actes que la loi qualifie d'infractions est en effet si élevé que personne ne peut raisonnablement soutenir aujourd'hui que tous ces actes peuvent effectivement être constatés, recherchés, poursuivis et jugés. Il ressort des constatations de la Commission que seul un nombre limité d'infractions élucidées sont déférées au juge répressif.»¹⁴

**Tableau 1: Orientation des dossiers clôturés
par les parquets correctionnels entre 2007 et 2010¹⁵**

Affaires pénales	2007	2008	2009	2010	Total
Parquet ¹	514.681 (93 %)	512.690 (93 %)	523.710 (93 %)	537.123 (93 %)	2.088.204 (93 %)
Jugement ²	40.004 (7 %)	38.286 (7 %)	39.248 (7 %)	38.681 (7 %)	156.219 (7 %)
Total	554.685	550.976	562.958	575.804	2.244.423

Source: *Justice en chiffres 2011*, Service Public Fédéral Justice, 2011, p. 41.

L'information constitue ainsi la forme la plus courante de traitement des affaires pénales. Par ailleurs, la majorité des infractions traitées au stade du parquet se clôturent par un classement sans suite, la transaction et la médiation pénale n'occupant qu'une place marginale (Tableau 2). Le classement sans suite intervient le plus souvent pour des motifs d'ordre technique, mais également, dans une large mesure, pour des motifs d'opportunité (Tableau 3).

¹⁴ Rapport fait au nom de la commission d'enquête parlementaire sur la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme est organisée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 59/8, p. 375.

¹⁵ Ce tableau ne comprend pas les dossiers mis à disposition d'autres parquets et les dossiers joints à d'autres dossiers. Les pourcentages ont été arrondis à la décimale inférieure ou supérieure.

¹⁶ La filière « parquet » regroupe les dossiers traités sans l'intervention d'un juge et comprend le classement sans suite, la transaction et la médiation pénale.

¹⁷ La filière « jugement » regroupe les autres situations et comprend la mise à l'instruction, la citation directe et la procédure accélérée.

**Tableau 2 : Orientation des dossiers clôturés
par les parquets correctionnels entre 2007 et 2010**

Information	2007	2008	2009	2010	Total
Classement sans suite	506.772 (98,5 %)	505.254 (98,5 %)	515.704 (98,3 %)	528.493 (98,4 %)	2.056.223 (98,4 %)
Transaction	5.683 (1%)	5.075 (1%)	6.682 (1,3%)	6.210 (1,2%)	23.650 (1,1%)
Médiation	2.226 (0,5 %)	2.361 (0,5 %)	2.324 (0,4 %)	2.420 (0,4 %)	9.331 (0,5 %)
Total	514.681	512.690	524.710	537.123	2.089.204

Source : *Justice en chiffres 2011*, Service Public Fédéral Justice, 2011, p. 41.

**Tableau 3 : Orientation des dossiers traités et classés sans suite
par les parquets entre 2007-2010¹⁸**

Classement sans suite	2007	2008	2009	2010	Total
Motifs techniques	313.015 (62 %)	309.883 (61,5 %)	319.101 (62 %)	322.097 (61 %)	1.264.096 (61,5 %)
Motifs d'opportunité	175.364 (34,5 %)	174.819 (34,5 %)	173.602 (33,5 %)	176.205 (33,5 %)	699.990 (34 %)
Autres motifs	17.754 (3,5 %)	20.006 (4 %)	22.541 (4,5 %)	29.781 (5,5 %)	90.082 (4,5 %)
Total	506.133	504.708	515.244	528.083	2.054.168

Source : *Justice en chiffres 2011*, Service Public Fédéral Justice, 2011, p. 43.

En tant que juge de l'opportunité des poursuites, le parquet occupe dès lors une position centrale au sein de l'appareil judiciaire. Certes, on connaît sa dépendance à l'égard des forces de police qui effectuent en amont un certain nombre de choix quant aux infractions et aux informations qu'elles lui communiqueront ou non. Mais ce premier filtre franchi, le parquet dispose du pouvoir de déterminer les infractions qui seront prioritairement recherchées dans son arrondissement, de la faculté de choisir les infractions

¹⁸ Le chiffre total des classements sans suite diffère du tableau 2 au tableau 3 dans la mesure où ils ne prennent pas en compte la même unité de mesure. En effet, le tableau 2 reprend l'orientation des dossiers clôturés entre 2007 et 2010 tandis que le tableau 3 reprend le nombre de dossiers traités entre 2007 et 2010.

qu'il poursuivra ou non ainsi que de l'aptitude à déterminer les modalités de ces poursuites ou de ces absences de poursuite¹⁹. De ce point de vue, on peut considérer que le ministère public joue un rôle complémentaire de création de la loi pénale en définissant *de facto* les contours de l'incrimination susceptible de faire l'objet d'une peine pour le justiciable et, à l'inverse, en « désin-criminant » un acte qui ne fera pas l'objet de poursuites.

En instituant la médiation pénale dans notre arsenal juridique, la loi du 10 février 1994 ambitionnait de la substituer au classement sans suite afin de limiter le pouvoir discrétionnaire du ministère public. Pour le ministre de l'époque, la médiation pénale « est conçue comme l'organisation légale de l'exercice contradictoire des compétences du ministère public qu'il exerçait de manière inquisitoire et administrative [...]. Le pouvoir qu'a le ministère public de classer une affaire sans suite va bien plus loin qu'une médiation pénale. En effet, le contrôle du classement sans suite est beaucoup plus difficile qu'en cas de médiation pénale ou de poursuites [...]. La nouvelle procédure prévoit un contrôle légal qui offre plus de garanties que le contrôle hiérarchique en cas de classement sans suite. »²⁰ On relèvera que, lors de la réforme de la transaction par la loi du 29 juin 1984²¹, le ministre de la Justice avait déjà fait part de ce souci en soulignant que « la compétence accordée au parquet par le projet de loi, c'est-à-dire la possibilité de recourir à l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent, présente moins de dangers que le droit de classer, beaucoup plus arbitraire. [...] La faculté de classer sans suite présente plus de dangers puisqu'elle peut être exercée souverainement par le ministère public et qu'elle n'exclut pas la possibilité de certaines interventions ou influences. »²²

Force est de constater, dans la pratique, que tant la médiation pénale que la transaction pénale ne sont que très peu utilisées (respectivement 0,5 % et 1 % de l'ensemble des dossiers clôturés par les parquets) et n'ont en définitive qu'un effet tout à fait marginal sur l'exercice du pouvoir d'opportunité des

¹⁹ Émerge ainsi une chaîne de dépendance où chaque acteur se repose sur les décisions de ses prédécesseurs : le ministère public dépend de la police et insufflé la décision du juge d'instruction et le juge a du mal à s'écarter des décisions prises en amont. Cf. JUNG (H.), « Le ministère public », *Archives de politique criminelle*, n° 15, 1993, p. 13, CARTUYVELS (Y.) et OST (Fr.), *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 1998, p. 113.

²⁰ Projet de loi organisant une médiation pénale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 652-1, p. 4 et n° 652-2, p. 19 et s.

²¹ *M.B.*, 22 août 1984.

²² Projet de loi relatif à l'extension du champ d'application de l'extinction de l'action publique, pour certaines infractions, moyennant le paiement d'une somme d'argent, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 698-1, p. 3.

poursuites. Cette utilisation particulièrement limitée de la médiation ou de la transaction pénale conduit à conclure à l'échec de la tentative de renforcement du cadre légal du pouvoir d'opportunité des poursuites du ministère public. Elle est également significative de la capacité de ce dernier à ne pas se laisser enfermer dans un cadre légal considéré comme trop rigide ou inapproprié, là où des mesures comme le classement sans suite ou la probation prétorienne lui offrent beaucoup plus de latitude. Ainsi, contrairement à la transaction ou à la médiation qui éteignent l'action publique, le classement, toujours provisoire, permet au ministère public d'exercer un contrôle sur la personne plus étendu dans le temps, puisqu'il peut théoriquement se poursuivre jusqu'à l'extinction de l'action publique. En outre, il permet d'imposer le respect de certaines conditions non balisées par la loi et laissées à la libre appréciation du magistrat. Le dossier peut ainsi être réactivé sur la base de nouveaux éléments ou du non-respect des conditions imposées. Le classement sans suite n'implique, en outre, guère de contraintes procédurales et peut s'organiser en collaboration avec la police, sans devoir faire appel à des assistants de justice, comme c'est le cas pour la médiation pénale²³.

C'est dans le cadre de ce large pouvoir acquis par le ministère public dans la politique des poursuites que doit se comprendre et s'analyser l'émergence des directives de politique criminelle au cœur d'une politique criminelle que l'on souhaite plus « uniforme » et « intégrée », tant au niveau du ministère public que des services de police.

II. Les directives de politique criminelle : un instrument de politique criminelle à portée limitée

Les directives de politique criminelle s'inscrivent clairement dans le souci de recadrer l'action du ministère public et l'autonomie décisionnelle croissante que cet acteur s'est arrogé en matière de poursuites (A). Instruments de recadrage d'un acteur chargé de mettre en œuvre la loi pénale, les directives de politique criminelle apparaissent comme une nouvelle source de droit qui pose plusieurs questions : quelles sont les autorités compétentes pour les édicter ? Que recouvre de manière précise la notion de « direc-

²³ Pour plus de précisions, cf. GUILLAIN (Chr.), « Le parquet : entre dépendance institutionnelle et autonomie décisionnelle », in *Réponses à l'insécurité. Des discours aux pratiques*, VAN CAMPENHOUT (L.), CARTUYVELS (Y.), DIGNEFFE (Fr.), KAMINSKI (D.), MARY (Ph.) et RÉA (A.) dir., Labor, Bruxelles, 2000, p. 321-343.

tive de politique criminelle»? Quelles sont leur portée et leur force contraignante? (B) Enfin, force est de constater le faible nombre de directives de politique criminelle dans la pratique et l'effectivité limitée de cet instrument là où il existe, c'est-à-dire, pour l'essentiel, dans le contentieux des drogues (C). À la suite de ces propos, nous tenterons de situer les directives de politique criminelle au sein de la théorie des sources du droit (D).

A. La naissance d'une politique criminelle : nouvelle tentative d'encadrement de l'action du ministère public

Le système de l'opportunité des poursuites implique que des choix soient opérés par les membres du ministère public afin de sélectionner les infractions qui seront recherchées et poursuivies en priorité. Dans les faits, ceux-ci se trouvent investis d'un espace discrétionnaire pour déterminer le champ des actes considérés comme des incriminations. Cette situation peut apparaître d'autant plus problématique que le flou ouvert par le principe d'opportunité des poursuites se double d'un régime de flexibilité : le parquet peut parfaitement choisir de poursuivre un acte dans un cas et pas dans un autre, pour des motifs liés à sa propre appréciation. C'est cet « arbitraire » et les conséquences qui en découlent qui seront à la base de la création des « directives de politique criminelle » destinées à introduire des lignes de conduite dans les choix du parquet. Ainsi, dès 1990, la Commission d'enquête parlementaire chargée d'étudier la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme est organisée en Belgique avait constaté que l'une des causes principales des dysfonctionnements des appareils policier et judiciaire résidait dans « l'absence d'une politique criminelle intégrée basée sur une approche scientifique ». Elle recommandait dès lors au gouvernement, via le ministre de la Justice, « d'édicter des directives générales en ce qui concerne la politique de poursuite et de recherche à l'intention du ministère public et, par le truchement de celui-ci, à l'intention des services de police »²⁴. Un constat similaire sera posé plus tard par la Commission « Dutroux-Nihoul et consorts » : « les choix qui guident l'action du parquet ne sont guère développés et, *a fortiori*, guère expliqués »²⁵.

La Commission d'enquête parlementaire chargée d'étudier la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme est organisée a également laissé

²⁴ Rapport fait au nom de la Commission d'enquête parlementaire sur la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme est organisée, *op. cit.*, p. 346 et 377.

²⁵ Rapport fait au nom de la Commission d'enquête parlementaire sur la manière dont l'enquête, dans ses volets policiers et judiciaires a été menée dans « l'affaire Dutroux-Nihoul et consorts », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 713/6, p. 133.

entendre sa volonté de contrôler l'action du parquet: «Les Magistrats du parquet doivent rendre compte de leur gestion au ministre de la Justice [...]. Le principe de l'indépendance est trop essentiel pour que l'on admette la moindre possibilité d'usage impropre [...]. Le ministère public ne peut renoncer à exercer l'action publique en menant une politique indépendante de classer sans suite qui irait à l'encontre de la politique criminelle.»²⁶ La Commission a dès lors considéré que la politique en matière de recherche et de poursuites est une question de politique et qu'à ce titre elle incombait au gouvernement, en l'occurrence au ministre de la Justice, politiquement responsable devant le Parlement: «la politique en matière de recherches et de poursuites consiste donc en l'ensemble des choix politiques qui sont faits consciemment ou inconsciemment et qui résultent ou non d'une réflexion et d'une planification systématiques. Opérer des choix politiques, c'est faire de la politique.»²⁷

À la suite de ces constatations, le gouvernement indiquera, dans sa communication du 5 juin 1990 (dite «Plan de Pentecôte»), que le ministre de la Justice a la responsabilité politique d'établir, avec le concours du collègue des procureurs généraux, les orientations et les priorités de la politique criminelle. Pour soutenir le ministre dans cette mission, le gouvernement recommande la création d'un «service spécialisé de politique criminelle ayant une approche scientifique et juridique des phénomènes criminels»²⁸. Un an plus tard fut mise sur pied la Commission chargée de l'élaboration d'un rapport concernant la création d'un service de politique criminelle, dite Commission «De Wilde»²⁹. La Commission «De Wilde» considéra également que la question de savoir s'il convient ou non de poursuivre est une question de politique et proposa de dissocier l'élaboration de la politique criminelle dont le contenu doit être «déterminé, coordonné et imposé par le ministre de la Justice en concertation avec les procureurs généraux», de son application et de sa mise en œuvre qui doivent incomber aux procureurs généraux³⁰.

²⁶ Rapport fait au nom de la Commission d'enquête parlementaire sur la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme est organisée, *op. cit.*, p. 378.

²⁷ *Ibid.*, p. 375.

²⁸ Communication gouvernementale lue devant le Parlement le 5 juin 1990 par le Premier ministre Martens, p. 9.

²⁹ Arrêté ministériel du 9 janvier 1992 créant une Commission chargée de l'élaboration d'un rapport concernant la création d'un service de politique criminelle, *M.B.*, 23 janvier 1992.

³⁰ Commission chargée de l'élaboration d'un rapport concernant la création d'un service de politique criminelle, *Rapport intermédiaire*, Ministère de la Justice, Bruxelles, 1992, p. 33, ci-après Rapport «De Wilde». À noter que la Commission «De Wilde» était majoritairement composée de membres du ministère public.

L'arrêté royal du 14 janvier 1994 créera, auprès du ministre de la Justice, un service de la politique criminelle³¹. L'article 1^{er} de cet arrêté royal dispose que «la politique criminelle est définie par le ministre de la Justice en concertation avec les procureurs généraux»³². Quelques années plus tard sera adoptée la loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux qui, placé sous l'autorité du ministre de la Justice, est chargé, d'une part, d'une compétence d'avis dans l'élaboration des directives de politique criminelle et, d'autre part, de la mise en œuvre cohérente et de la coordination de la politique criminelle (art. 143bis C. jud.)³³. La loi du 12 mars 1998 dite «loi Franchimont» introduira l'article 28quater dans le Code d'instruction criminelle pour spécifier que le procureur du Roi juge de l'opportunité des poursuites compte tenu des directives de politique criminelle. Enfin, l'article 151 de la Constitution sera modifié le 20 novembre 1998 pour dorénavant énoncer que «le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite»³⁴. Il importe maintenant d'examiner l'instrument pour mieux en cerner les contours et la portée.

B. Les directives de politique criminelle en théorie : la politique criminelle entre les mains du ministre de la Justice

Article 143bis du Code judiciaire :

«§ 1^{er}. Les procureurs généraux près les cours d'appel forment ensemble un collège, appelé collège des procureurs généraux, qui est placé sous l'autorité du ministre de la Justice. La compétence du collège s'étend à l'ensemble du territoire du Royaume et ses décisions engagent tous les procureurs généraux près les cours d'appel, le procureur fédéral et tous les membres du ministère public placés sous leur autorité ou sous leur surveillance et direction.

³¹ Arrêté royal du 14 janvier 1994 créant un service de la politique criminelle, *M.B.*, 3 mars 1994.

³² « Article 1^{er}. Sans préjudice des dispositions de l'article 274 du Code d'instruction criminelle et de l'article 143 du Code judiciaire et sans préjudice des compétences attribuées aux Communautés et aux Régions, la politique criminelle est définie par le Ministre de la Justice en concertation avec les procureurs généraux. »

³³ Loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat national, *M.B.*, 30 avril 1997.

³⁴ *M.B.*, 24 novembre 1998.

§ 2. Le collège des procureurs généraux décide, par consensus, de toutes les mesures utiles en vue :

1° de la mise en œuvre cohérente et de la coordination de la politique criminelle déterminée par les directives visées à l'article 143^{ter} [lire 143^{quater}], et dans le respect de leur finalité ;

2° du bon fonctionnement général et de la coordination du ministère public.

Si aucun consensus ne peut être dégagé au sein du collège, et si l'exécution des directives du ministre relatives à la politique criminelle est ainsi mise en péril, le ministre de la Justice prend les mesures nécessaires pour assurer leur application [...].

§ 7. Le collège fait annuellement rapport au ministre de la Justice. Ce rapport contient la description de ses activités, l'analyse et l'évaluation de la politique des recherches et des poursuites pour l'année écoulée et les priorités pour l'année à venir.

Le rapport est communiqué aux Chambres législatives par le ministre de la Justice et est rendu public. »

Article 143^{quater} du Code judiciaire :

« Le ministre de la Justice arrête les directives de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite après avoir pris l'avis du collège des procureurs généraux.

Ces directives sont contraignantes pour tous les membres du ministère public.

Les procureurs généraux près les cours d'appel veillent à l'exécution de ces directives au sein de leur ressort. »

1. Les autorités compétentes pour adopter les directives de politique criminelle

La loi du 4 mars 1997 consacre légalement l'existence du collège des procureurs généraux, institution qui avait vu le jour à l'initiative des procureurs généraux, désireux d'harmoniser la politique des poursuites à travers l'adoption de circulaires³⁵. Si la loi vient ainsi, comme souvent, entériner des pratiques existantes, elle poursuit avant tout l'objectif de délimiter les

³⁵ Cf. notamment BAUWENS (N.), « Het beleid van het openbaar ministerie », *R.W.*, 1994-1995, p. 585.

compétences respectives du ministre de la Justice et du collège dans l'élaboration et l'exécution de la politique criminelle.

D'une part, conformément à l'article 143^{quater} du Code judiciaire, c'est le ministre de la Justice qui arrête les directives de politique criminelle, après avoir pris l'avis du collège. Là où la politique criminelle était auparavant définie par le ministre de la Justice en concertation avec le collège des procureurs généraux³⁶, ce dernier n'a plus qu'une compétence d'avis qui n'est pas contraignante pour le ministre. Il est clair cependant que si le ministre de la Justice ne se conforme pas à cet avis, il s'expose à d'éventuelles difficultés à l'occasion de l'exécution de la directive³⁷.

D'autre part, c'est le collège des procureurs généraux qui est chargé de mettre en œuvre et de coordonner la politique criminelle telle qu'arrêtée par le ministre de la Justice, notamment par le biais de circulaires. Le ministre de la Justice peut néanmoins prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application de ces directives si, nous enseigne l'article 143^{bis} du Code judiciaire, «aucun consensus ne peut être dégagé au sein du collège, et si l'exécution des directives du ministre relatives à la politique criminelle est ainsi mise en péril»³⁸. Dans ce cas cependant, le ministre ne peut prétendre prendre une décision au nom du collège. Le ministre de la Justice pourrait ainsi préciser la portée de ses directives, convoquer à nouveau le collège pour une concertation ultérieure, exercer son autorité sur un ou sur plusieurs procureurs généraux individuellement «si ceux-ci continuent à refuser, après une nouvelle concertation, de mettre ces lignes directrices à exécution», voire, mesure ultime, promulguer une nouvelle directive ou proposer la modification de la loi³⁹.

Le ministre de la Justice se voit ainsi confier un rôle fondamental dans l'élaboration de la politique criminelle et dans le contrôle de sa mise en œuvre via le collège des procureurs généraux qui, tout comme les procureurs généraux pris individuellement, est placé sous son autorité⁴⁰. Le fait que la politique criminelle ne soit plus déterminée en concertation avec le collège est

³⁶ Conformément à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 14 janvier 1994 créant un service de la politique criminelle.

³⁷ Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 867/6, p. 25, ci-après *Projet de loi instituant...*, Ch. repr.

³⁸ Cette possibilité a été prévue «pour éviter que l'absence de consensus au sein du collège n'ait pour conséquence que les directives arrêtées ne puissent plus faire l'objet d'une exécution coordonnée et cohérente», *Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral*, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1996-1997, n° 447/4, p. 3-4, ci-après *Projet de loi instituant...*, Sénat.

³⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁰ Cf. aussi MASSET (A.) et DERENNE-JACOBS (Ch.), «La loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux : une tradition consacrée ou bouleversée ?», *R.D.P.C.*, 1997, p. 857.

de nature à renforcer ce lien de dépendance, tout comme l'obligation qui incombe au collège de soumettre annuellement au ministre un rapport d'activités (art. 143*bis*, § 7 C. jud.)⁴¹. Selon les vœux de la Commission «De Wilde», le rapport est rendu public et communiqué aux Chambres par le ministre de la Justice afin que le Parlement puisse opérer un contrôle sur la politique gouvernementale.

2. La notion de «directive de politique criminelle»

Aucune définition du terme «directive» ni des termes «politique criminelle» ne peut être trouvée dans la loi et seuls les travaux préparatoires nous donnent quelques indications à ce propos. L'exposé des motifs initial précisait que la notion de politique criminelle devait s'entendre, par référence à la définition du Comité européen pour les problèmes criminels, comme «l'ensemble des mesures législatives, judiciaires et administratives envisageables pour réprimer les infractions, sanctionner leurs auteurs et assister les victimes»⁴².

Cette définition large fut critiquée par le Conseil d'État au motif qu'elle viole le principe de la séparation des pouvoirs en chargeant «le ministre de la Justice d'adopter lui-même, en collaboration avec le collège des procureurs généraux, des mesures qu'il appartient au législateur, au Roi et au pouvoir judiciaire de prendre, chacun dans la sphère des attributions que lui reconnaît la Constitution»⁴³. En réponse au Conseil d'État, le ministre de la Justice précisera que la politique criminelle ne couvre pas les mesures qui sont de la compétence du législateur⁴⁴ et l'exposé final des motifs définira la politique criminelle comme «l'ensemble des mesures qui ont pour objet de réprimer les infractions, sanctionner leurs auteurs et assister les victimes (sans préjudice des compétences des Communautés). La politique de recherche et de poursuite des infractions est incluse dans ce concept de politique criminelle [...]. La politique criminelle telle qu'elle est visée ici ne comprend ni la politique préventive ni la politique pénitentiaire.»⁴⁵

Comme on peut le constater, le changement est purement cosmétique et ne rencontre pas les observations du Conseil d'État. Si l'exposé des motifs ne fait plus référence ni aux mesures législatives, ni aux mesures judiciaires

⁴¹ Dans le même sens, *ibid.*, p. 858.

⁴² Projet de loi instituant..., Sénat, sess. ord. n° 447/1, p. 24.

⁴³ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 2.

et administratives, la politique criminelle va bien au-delà de la politique de recherche et de poursuites des infractions pour englober des compétences législatives (la répression des infractions) et judiciaires (la sanction des auteurs). Ainsi définie, la politique criminelle porte atteinte aux articles 12 («Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit»), 40 («Le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et tribunaux») et dès lors à l'article 33 de la Constitution («Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution »).

3. La portée des directives de politique criminelle

On est bien en peine, à la lecture des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 1997, de délimiter la portée des directives de politique criminelle et les discussions au Parlement ont essentiellement porté sur le principe interdisant au ministre de la Justice d'adresser des injonctions négatives au ministère public l'empêchant d'exercer des poursuites.

Comme déjà précisé, l'autorité exercée sur les membres du ministère public par le ministre de la Justice confère à ce dernier le pouvoir d'ordonner des poursuites. Ce principe a été consacré, en 1998, par l'article 151 de la Constitution, lequel stipule que le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et des poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites. *A contrario*, l'indépendance du ministère public interdit au ministre de se substituer au ministère public dans l'exercice de ses attributions et de lui adresser des injonctions tendant à ne pas entamer de poursuites ou à mettre fin à des poursuites déjà entamées dans une affaire déterminée⁴⁶. Une telle injonction négative est également de nature à méconnaître les articles 10 et 11 de la Constitution qui garantissent l'égalité des citoyens⁴⁷.

Si, au cours des travaux parlementaires, le principe de l'interdiction de l'injonction négative individuelle a été clairement posé, de nombreux parlementaires se sont demandé si, à travers les directives de politique criminelle, le ministre avait la faculté de prôner une politique de tolérance, l'autorisant à adresser des injonctions négatives à caractère général et, de la sorte, à prôner la non-application de la loi. Ainsi, un député estime qu'il faut envisager la possibilité, pour le ministre, d'édicter des injonctions négatives générales aux

⁴⁶ Cf. sur ce point HAYOT DE TERMICOURT (R.), « Propos sur le ministère public », *R.D.P.C.*, 1936, p. 991 : « aucun texte ne lui reconnaît, formellement ou même implicitement, le droit d'interdire au procureur général l'exercice de l'action que la Nation lui a délégué ni celui de prendre la direction de cette action ».

⁴⁷ Cf. l'avis du Conseil d'État, Projet de loi instituant..., Sénat, sess. ord. n° 447/1, p. 22.

fins de ne plus poursuivre certains délits et de recourir à des sanctions alternatives⁴⁸. Dans le même sens, un sénateur aimerait savoir si, dans le cadre de la lutte contre l'arriéré judiciaire, l'on ne pourrait pas décréter par voie de directive que les affaires ne soient plus déferées aux juridictions de jugement en recourant systématiquement à la conciliation ou à la médiation pénale. Le ministre lui répondra « que cette manière de faire s'inscrit parfaitement dans l'éventail des possibilités d'une politique criminelle »⁴⁹. Tout en décrétant qu'une directive ne peut se substituer à une règle de droit, un sénateur considérera qu'une directive peut préconiser l'application de la peine maximale pour l'alcoolémie au volant, excluant au passage l'application des circonstances atténuantes⁵⁰. D'autres exemples seront avancés par le ministre de la Justice comme le fait de fixer des critères précisant dans quels cas on doit agir contre une secte, de déterminer la vitesse à partir de laquelle un permis de conduire doit être retiré, établir des scénarios en cas de prise d'otages ou de disparition ou encore préconiser l'application de sanctions administratives ou pénales⁵¹.

Quelques parlementaires feront remarquer au ministre que s'il contraint, par voie de directives, le ministère public à appliquer, pour certains délits, la transaction pénale ou la médiation pénale, il modifie en fait la loi parce que sa décision empêche le parquet d'intenter l'action publique en vue de l'application des sanctions pénales. Le ministre répondra différemment à ces interpellations selon qu'il s'adressera à la Chambre ou au Sénat. D'un côté, il précisera qu'une directive ne peut ignorer la loi, à défaut pour le ministre de se substituer au législateur et d'être sanctionné sur le plan politique⁵² et, de l'autre, il avancera que l'on inaugure « une ère nouvelle dans l'évolution de notre droit en accordant au ministre de la Justice le pouvoir d'aller, dans cette matière, au-delà de ce qui est admis actuellement, sur la base de sa responsabilité politique vis-à-vis du Parlement »⁵³.

Comme l'on pouvait s'en douter, le Conseil d'État se montrera très acerbé sur le projet de loi instituant le collège des procureurs généraux, rappelant que le ministre de la Justice ne peut adresser d'injonction négative à caractère général par laquelle il empêcherait le ministère public d'entamer des poursuites dans tous les cas d'application de tel ou tel texte de loi pénale. « Cette interdiction repose sur l'idée que le ministère public exerce l'action

⁴⁸ Projet de loi instituant..., Ch. repr., n° 867/6, p. 8.

⁴⁹ Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/4, p. 66.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 59.

⁵¹ Projet de loi instituant..., Ch. repr., n° 867/6, p. 17-18.

⁵² *Ibid.*, p. 17-18.

⁵³ Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/4, p. 66.

que la Nation lui a déléguée sans qu'il soit permis à l'exécutif d'interférer dans l'exercice de celle-ci. Elle se justifie également au regard de l'article 108 de la Constitution qui fait interdiction au Roi de suspendre une loi ou de dispenser de son exécution, le pouvoir d'adresser une injonction négative à caractère général ayant un effet équivalent à l'abrogation d'une loi. »⁵⁴

Certains parlementaires relayeront les craintes du Conseil d'État, critiquant le pouvoir démesuré accordé au ministre de la Justice, questionnant l'atteinte à l'indépendance du ministère public, dénonçant la politisation de la politique criminelle et le risque de transformer le ministère public en un instrument placé entre les mains du ministre⁵⁵. D'autres au contraire n'hésiteront pas à souligner qu'ils ne partagent pas nécessairement la conception du Conseil d'État, affirmant que le projet de loi ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs dans la mesure où le pouvoir judiciaire intervient quotidiennement dans les affaires du pouvoir législatif et exécutif, à travers les organes de contrôle que sont la Cour d'arbitrage (actuellement Cour constitutionnelle) et le Conseil d'État⁵⁶. D'autres estiment encore que le ministre doit obtenir tous les moyens nécessaires pour mettre en œuvre sa politique criminelle⁵⁷ ou analysent, à l'instar du ministre de la Justice, le projet de loi comme une étape dans l'évolution de la conception du rôle et de la place du ministère public. Ils soulignent alors qu'une politique criminelle plus élaborée « rend indispensable une remise en question de la répartition traditionnelle des tâches au sein de l'appareil judiciaire en vertu de laquelle le législateur détermine la politique criminelle en déclarant certains faits punissables et en assortissant ceux-ci d'une série de peines »⁵⁸.

Les débats laissent à nouveau apparaître la volonté d'accentuer le contrôle sur l'action du ministère public, mais également celle d'empiéter sur les compétences dévolues à d'autres acteurs du procès pénal, comme les juges du fond, en violation des prescrits légaux et constitutionnels.

4. La force contraignante des directives de politique criminelle

Selon l'article 143^{ter} du Code judiciaire et l'article 151 de la Constitution, les directives de politique criminelle arrêtées par le ministre de la Justice sont contraignantes pour tous les membres du ministère public.

⁵⁴ Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/1, p. 22.

⁵⁵ Projet de loi instituant..., Ch. repr., n° 867/6, p. 11-12 et 15.

⁵⁶ Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/4, p. 15.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁸ Projet de loi instituant..., Ch. repr., n° 867/6, p. 9.

L'avant-projet de loi instituant le collège des procureurs généraux ne parlait pas de directives mais de «lignes directrices de la politique criminelle». Le changement, opéré à la suite d'un amendement du gouvernement, fut justifié, d'une part, afin d'aligner la version francophone sur la version néerlandophone qui se référait au terme «richtlijnen» et, d'autre part, afin de souligner le caractère contraignant de l'instrument adopté⁵⁹. Certains parlementaires iront jusqu'à plaider l'adoption du terme «instruction» afin de mieux cadrer avec l'économie du projet de loi qui vise à limiter la liberté d'action du ministère public. Le ministre de la Justice préférera toutefois le système de la directive au système rigide de l'instruction qui traduit un ordre, afin de laisser au ministère public, une marge d'appréciation dans l'exécution de la directive. Le ministre de la Justice indiquera que le terme «directive» doit s'entendre de sa signification en droit européen, aux termes de l'article 189 du Traité de Rome⁶⁰: «La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.»⁶¹

Dans la mesure où elles s'imposent à tous les membres du ministère public, les directives ne peuvent être analysées comme de simples recommandations. S'est ainsi posée la question, au cours des travaux préparatoires, de savoir quelles seraient les sanctions encourues par un magistrat du parquet qui s'écarterait des lignes de conduite d'une directive de politique criminelle et qui, par exemple, exercerait des poursuites là où un principe de tolérance serait posé. Le ministre de la Justice précisera qu'une directive laisse aux responsables de son exécution une marge d'appréciation et que le principe d'opportunité octroie la liberté au ministère public de déroger à une directive lors de son application concrète dans des cas individuels, pour faire usage des possibilités que lui offre la loi⁶². Le ministre de la Justice donnera l'exemple, admissible selon lui, d'un retrait de permis de conduire requis par le ministère public à l'encontre d'une personne ayant roulé à 140 km à l'heure alors qu'une directive ne l'envisagerait qu'à partir de 170 km à l'heure. Il ajoutera cependant que «si ce magistrat refuse systématiquement d'appliquer une telle directive, et ce sans que des circonstances particulières le justifient, il s'exposerait à une sanction disciplinaire»⁶³.

⁵⁹ Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/4, p. 59, 73-74.

⁶⁰ Actuel article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶¹ Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/4, p. 68-69.

⁶² Projet de loi instituant..., Ch. repr., n° 867/6, p. 4; Projet de loi instituant..., Sénat, n° 447/4, p. 41.

⁶³ Projet de loi instituant..., Ch. repr., n° 867/6, p. 20. Dans le même sens, cf. VERDUSSEN (M.), «Statut constitutionnel du ministère public», in «Le ministère public ou les mystères de la grande pyramide», *Juger*, n° spécial 11-12-13, 1997, p. 14-15: «tout officier du ministère public qui, par opiniâtreté ou indo-

Le caractère contraignant des directives de politique criminelle, consacré par l'article 143^{ter} du Code judiciaire et par l'article 151 de la Constitution, vient à nouveau tempérer le principe de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où la directive intervient dans un domaine où le ministère public jouit en principe d'un pouvoir d'appréciation autonome pour exercer sa fonction de recherche et de poursuites. En vertu d'une délégation de la Nation, il jouit en effet d'un pouvoir d'appréciation quant à l'exercice ou non des poursuites⁶⁴. Le ministère public se trouve ainsi placé dans une situation quelque peu schizophrénique : d'une part, il est censé exercer l'action publique selon les modalités déterminées par la loi et la loi précise que le ministre de la Justice ne peut lui adresser d'injonction négative. Mais, d'autre part, la loi lui prescrit de respecter les directives de politique criminelle, lesquelles pourraient lui enjoindre de ne pas poursuivre dans certains cas spécifiques. Et déciderait-il d'exercer des poursuites en appliquant la loi pénale, au mépris de l'injonction posée par la directive, qu'il prendrait le risque de se voir infliger une sanction disciplinaire.

Quelle est la force contraignante des directives de politique criminelle vis-à-vis des tiers ou destinataires primaires de la norme pénale ? Les débats parlementaires passent sous silence cette question. En principe, les directives de politique criminelle n'imposent des lignes de conduite qu'à l'égard de leurs destinataires et ne créent ni droits ni obligations dans le chef des particuliers, comme elles n'obligent pas les juges du fond. Marc Verdussen considère que si des poursuites sont exercées par un membre du ministère public malgré l'injonction contraire d'une directive qui prescrirait une injonction générale à ne pas poursuivre dans un contentieux donné, les poursuites n'en sont pas pour autant irrecevables⁶⁵. Rien n'empêche non plus un justiciable d'invoquer une telle directive devant les cours et tribunaux afin de plaider l'erreur invincible⁶⁶.

lence, ne respecte pas les instructions ministérielles doit pouvoir être considéré comme manquant aux devoirs de sa charge et dès lors s'exposer à des sanctions disciplinaires ».

⁶⁴ Cf. également MASSET (A.) et DERENNE-JACOBS (Ch.), « La loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux : une tradition sacrée ou bouleversée ? », *op. cit.*, p. 857.

⁶⁵ VERDUSSEN (M.), « Statut constitutionnel du ministère public », *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ Un juge a ainsi reconnu l'erreur invincible, à défaut d'information claire, dans le chef d'une personne poursuivie pour détention de faibles quantités de cannabis, Corr. Namur, 31 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, n° 41, p. 1803 et *Journ. proc.*, 2003, n° 470, p. 25. Ce jugement a été réformé en appel, Liège (4^e ch. corr.), 16 juin 2004, inédit.

C. *Les directives de politique criminelle en pratique : nombre réduit et effectivité limitée*

Sur le plan empirique, un triple constat peut être posé. D’abord, la directive de politique criminelle est un instrument peu utilisé, à la différence des circulaires du collège des procureurs généraux dont l’usage s’est largement répandu ces dernières années. Ensuite, c’est essentiellement en matière de politique des drogues que la directive a été mobilisée comme instrument de politique criminelle. Enfin, de l’utilisation de la directive dans ce contenu spécifique, il ressort que la directive a une faible effectivité.

1. La pénurie des directives de politique criminelle

Malgré les nombreux rapports politiques dénonçant l’absence de politique criminelle en Belgique, malgré la pléthore d’instruments juridiques mis en place pour pallier ce déficit, force est de constater le peu de directives de politique criminelle ayant été adoptées depuis un peu plus d’une dizaine d’années. En effet, sans prétendre à l’exhaustivité tant l’accessibilité à ces directives est déficiente, nous n’avons identifié que quelques directives de politique criminelle qui répondent à la définition de l’article 143^{quater} du Code judiciaire, à savoir des directives qui portent sur la politique criminelle – en ce compris la politique de recherche et de poursuites – adoptées par le ministre, après avoir pris l’avis du collège des procureurs généraux et qui sont contraignantes pour le ministère public.

Certes, il existe des milliers de circulaires portant sur le fonctionnement général des services relevant de la compétence du ministre de la Justice et une centaine d’entre elles émanent du collège des procureurs généraux. Sans tenter d’établir une classification tant leur intitulé et leur contenu diffèrent, on dira que ces circulaires peuvent préciser la portée d’une nouvelle loi ou d’un arrêt de la Cour constitutionnelle, viser à établir un traitement uniforme des infractions, attirer l’attention sur la publication d’une loi, expliciter une nouvelle procédure, notifier un problème d’application de la loi pénale dans le temps, établir une méthodologie, un *vade-mecum*, transmettre une directive ministérielle... mais qu’elles ne se présentent pas officiellement comme « directives de politique criminelle ».

Seule une circulaire du collège des procureurs généraux précise explicitement qu’elle porte sur la « politique criminelle de recherche et d’orientation des poursuites des infractions de dépassement de la vitesse autorisée »⁶⁷. Elle

⁶⁷ Circulaire COL 9/2004 du collège des procureurs généraux près la cour d’appel, 22 avril 2004.

ne semble cependant pas faire suite à une directive du ministre de la Justice ni être l'objet d'une concertation avec ce dernier.

Sur la centaine de circulaires précitées du collège des procureurs généraux, seules quatorze d'entre elles ont fait l'objet d'une décision commune du ministre de la Justice et du collège, parmi lesquelles trois tendent à uniformiser les politiques en matière de constatation, de recherche et de poursuite des infractions. Deux concernent le retrait du permis de conduire⁶⁸ et la conduite en état d'ivresse⁶⁹, la troisième porte sur la violence dans le couple⁷⁰. Bien que ces circulaires concernent la politique criminelle ou la politique de recherche ou de poursuites, elles ne s'identifient pas, comme l'indique leur intitulé, comme des *directives* de politique criminelle. Elles ne sont par ailleurs pas arrêtées par le ministre de la Justice, mais sont le résultat d'une décision commune entre le ministre de la Justice et le collège.

Au final, force est de constater que les seules directives de politique criminelle existantes sont celles qui ont été adoptées en matière de drogues et vers lesquelles nous allons maintenant nous tourner.

2. La concentration des directives de politique criminelle en matière de drogues

Si les directives de politique criminelle se sont jusqu'à présent peu attachées à définir des lignes de conduite en matière de politique de poursuites, le contentieux des drogues y fait toutefois exception. Ainsi, en quelques années, trois directives relatives à la politique de poursuites en matière de drogues ont été prises par le ministre de la Justice seul ou en concertation avec le collège des procureurs généraux⁷¹.

Ces directives s'inscrivent dans un contexte particulier : celui de la remise en cause, depuis les années 1990, d'une approche purement répressive au

⁶⁸ Circulaire commune de la ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux contenant une politique criminelle uniforme en matière de retrait immédiat de permis de conduire, 31 mars 2006 (COL 9/2006).

⁶⁹ Circulaire commune de la ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux contenant une politique uniforme de constatation, de recherche et de poursuite en matière de conduite en état d'imprégnation alcoolique ou d'ivresse ou dans un état analogue résultant notamment de l'usage de drogues ou de médicaments et relative à la présence dans l'organisme de substances autres que l'alcool qui influencent la conduite, 31 mars 2006 (COL 8/2006).

⁷⁰ Circulaire commune de la ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux relative à la politique criminelle en matière de violence dans le couple, 1^{er} mars 2006 (COL 4/2006).

⁷¹ Nous n'aurons pas égard à la directive générale du collège des procureurs généraux réunis sous la présidence du ministre de la Justice relative à la politique criminelle commune en matière de toxicomanie, adoptée le 26 mai 1993, soit avant la loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux.

motif que celle-ci n'a pu endiguer ni la demande ni l'offre en matière de drogues. Les critiques fusent, jusque dans certains milieux judiciaires, pour dénoncer l'inadéquation de la réponse pénale et l'incarcération des usagers de drogues, le caractère « exorbitant » du droit pénal de la drogue, la disqualification et la stigmatisation à outrance des usagers de drogues et l'engorgement des appareils judiciaire et pénitentiaire. Commissions d'études, groupes de travail parlementaire, propositions de loi se multiplient et plaident pour la décriminalisation des comportements entourant l'usage de drogues. La majorité des modifications apportées au contentieux des drogues ne s'inscrira pourtant pas dans la loi, mais dans des instruments de politique criminelle. Pour diverses raisons, sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici⁷², la Belgique a fait le choix, comme d'autres pays européens, de ne pas toucher aux incriminations légales en se contentant d'aménager leur politique des poursuites.

*a) La directive relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites du 8 mai 1998*⁷³

La directive de 1998, qui a fait l'objet d'une décision commune entre le ministre de la Justice et le collège des procureurs généraux « après concertation et chacun dans les limites de ses compétences », fait suite aux conclusions du groupe de travail parlementaire chargé d'étudier la problématique de la drogue en 1997⁷⁴. Ces conclusions préconisaient d'atténuer la réaction pénale envers les usagers de cannabis. Elle stipule d'emblée que « la loi sur les stupéfiants n'est pas modifiée. La détention de drogues illégales reste donc punissable [...] La détention de cannabis pour consommation personnelle est un délit auquel il convient de donner la priorité la plus faible dans la politique des poursuites [...] Il y a lieu de considérer le contact avec le

⁷² Cf. GUILLAIN (Chr.), *Les facteurs de criminalisation et les résistances à la décriminalisation de l'usage de drogues en Belgique. Du contrôle international aux préoccupations sécuritaires*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, Facultés universitaires Saint-Louis, juin 2009 (en voie de publication).

⁷³ Directive commune relative à la politique des poursuites commune en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites, approuvée le 8 mai 1998 après concertation entre le ministre de la Justice et le collège des procureurs généraux. Cette directive n'a pas fait l'objet d'une publication au *Moniteur belge*, mais est consultable sur le site du SPF Justice sous la référence Circulaire COL 5/98 du collège des procureurs généraux près les cours d'appel. Nous nous référons à ce document pour la suite de nos propos.

⁷⁴ Rapport fait au nom du groupe de travail chargé d'étudier la problématique de la drogue, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 49-1062/1.

service de police qui verbalise comme une mise en garde et un rappel à la norme suffisants pour le consommateur.»

En accordant la priorité la plus faible dans la politique des poursuites aux délits de détention de cannabis, la directive enjoint le ministère public à ne pas poursuivre, lui donnant ainsi carte blanche pour opérer un classement du dossier pénal. Cette injonction négative se traduisant en une dépénalisation relative de la détention de cannabis est cependant atténuée, le ministère public pouvant prendre en considération des circonstances matérielles telles que des « indices de trafic », des « données relatives à la personnalité de l'intéressé » comme un « usage problématique » ou, encore, d'autres d'informations complémentaires telles qu'une « nuisance sociale ou un risque réel de nuisance sociale », pour exercer des poursuites. La directive précise qu'elle est contraignante pour tous les membres du ministère public de manière à réaliser l'uniformité de la politique des poursuites, tout en soulignant qu'elle « ne peut ni ne souhaite anticiper sur la complexité de toutes les circonstances matérielles qui sont propres à chaque dossier. Par conséquent, un magistrat du parquet peut, en appliquant le principe d'opportunité, déroger à la directive à condition de bien motiver sa décision ». Enfin, elle sera à la source d'une certaine confusion dans le public en raison du message d'apparente tolérance qu'elle diffuse⁷⁵.

*b) La directive ministérielle relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites du 16 mai 2003*⁷⁶

Cette directive s'inscrit dans la foulée de la réforme de la loi du 24 février 1921 concernant les drogues, par la loi du 3 mai 2003⁷⁷ et de l'arrêté royal d'exécution du 31 octobre 1931, par celui du 16 mai 2003⁷⁸. Si la déten-

⁷⁵ Selon Jean-Pierre Verhoeven, magistrat anciennement chargé de la section « stupéfiants » au parquet de Bruxelles, « la circulaire a même plutôt entraîné un effet pervers, en ce sens que nous avons dû faire face à un afflux de procès-verbaux parce qu'une partie des consommateurs ont pensé que la consommation était dépénalisée », *Le Soir*, 19 janvier 2001.

⁷⁶ Directive ministérielle relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites du 16 mai 2003, *M.B.*, 2 juin 2003.

⁷⁷ Loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes et antiseptiques, *M.B.*, 2 juin 2003.

⁷⁸ Arrêté royal du 16 mai 2003 modifiant l'arrêté royal du 31 décembre 1930 concernant le trafic des substances soporifiques et stupéfiantes, et l'arrêté royal du 22 janvier 1998 réglementant certaines substances psychotropes, en vue d'y insérer des dispositions relatives à la réduction des risques et à l'avis thérapeutique, et modifiant l'arrêté royal du 26 octobre 1993 fixant des mesures afin d'empêcher le détournement de certaines substances pour la fabrication illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, *M.B.*, 2 juin 2003.

tion de cannabis constitue toujours une infraction pénale, la loi demande cependant aux forces de police de ne pas dresser procès-verbal en cas de constatation d'une détention de cannabis pour usage personnel qui n'est pas accompagnée de nuisances publiques ou d'usage problématique et de ne procéder qu'à un enregistrement policier⁷⁹. Le législateur entend ainsi maintenir l'interdit pénal dans la loi, tout en faisant en sorte que cet interdit ne soit plus appliqué sur le terrain.

La directive du 16 mai 2003 rappelle que «la détention de cannabis reste une infraction, même si cette détention n'a lieu qu'en vue d'une consommation personnelle et qu'aucune circonstance aggravante n'est constatée». Elle considère à nouveau, en cas de constatation d'une détention d'une quantité de cannabis destinée à des fins d'usage personnel, que «l'intervention du service de police a constitué une mise en garde et un rappel à la norme suffisants pour le simple consommateur non problématique, qui ne cause pas de nuisance publique», sans devoir déclencher l'ouverture d'un dossier au parquet. La directive préconise ainsi qu'aucun procès-verbal ne soit dressé en cas de détention pour usage personnel. Au même titre que la directive de 1998, cette directive du 16 mai 2003 formule donc une injonction négative à ne pas poursuivre, contribuant ainsi à définir pour l'usager les contours de l'incrimination.

La directive explique pourquoi la quantité de cannabis destinée à des fins d'usage personnel n'a été précisée ni dans la loi ni dans les arrêtés royaux d'exécution: «Compte tenu des multiples variétés de produits et des variantes importantes de concentration de THC dans le cannabis, le gouvernement a choisi de ne pas fixer de limite définie en fonction d'un poids maximum». La directive précise ensuite qu'à «défaut d'indices de vente ou de trafic, la détention d'une quantité de cannabis ne dépassant pas le seuil de 3 (trois) grammes doit être considérée comme relevant de l'usage

⁷⁹ Article 16 de la loi du 3 mai 2003:

« § 1^{er}. Par dérogation à l'article 40 de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992, en cas de constatation de détention, par un majeur, d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel, il ne sera procédé qu'à un enregistrement policier.

§ 2. On entend par usage problématique: un usage qui s'accompagne d'un degré de dépendance qui ne permet plus à l'utilisateur de contrôler son usage, et qui s'exprime par des symptômes psychiques ou physiques.

§ 3. On entend par nuisances publiques: les nuisances publiques visées à l'article 135, § 2, 7°, de la nouvelle loi communale. Conformément à l'article 3.5.g de la Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, est considérée comme une nuisance publique, la détention de cannabis commise dans une institution pénitentiaire, dans un établissement scolaire ou dans les locaux d'un service social, ainsi que dans leur voisinage immédiat ou dans d'autres lieux fréquentés par des mineurs d'âge à des fins scolaires, sportives ou sociales. »

personnel. » La définition des contours de l'incrimination légale, par voie de directive, ne manquera pas de contrarier la Cour d'arbitrage qui estimera, dans son arrêt du 20 octobre 2004, que la quantité de cannabis qui peut être détenue à des fins de consommation personnelle doit être clairement déterminée par la loi, voire par l'exécutif, afin que les policiers disposent d'un critère objectif pour déterminer s'ils doivent ou non dresser procès-verbal. « Bien qu'il soit admissible en soi que le soin de déterminer cette quantité soit laissé au pouvoir exécutif, la mission que le législateur lui confie à cette fin doit imposer de façon univoque de déterminer une quantité clairement définie. En tant que la disposition entreprise [article 16 de la loi du 3 mai 2003] ne satisfait pas à ces exigences et permet, ainsi qu'il ressort de la directive du 16 mai 2003, que la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel soit notamment déterminée sur la base d'éléments subjectifs, celle-ci n'a pas un contenu normatif suffisamment précis pour être conforme au principe de légalité en matière pénale. »⁸⁰

Conformément à la loi du 3 mai 2003, la directive de 2003 demande qu'il soit procédé à un enregistrement policier en cas de constatation de détention de cannabis destiné à un usage personnel. Cet enregistrement est « automatisé et anonyme »⁸¹, empêchant le ministère public d'exercer des poursuites et aboutissant ainsi à une décriminalisation, *de facto*, de la détention en vue d'usage de cannabis. La directive précise néanmoins que si la détention s'accompagne de nuisances publiques ou s'il s'agit d'une consommation problématique, « un procès-verbal ordinaire est transmis sans délai au parquet », tandis que si la détention de cannabis s'accompagne de circonstances aggravantes, elle fera « toujours l'objet d'une demande de renvoi ou d'une citation ».

La directive est contraignante pour tous les membres du ministère public, mais elle précise à nouveau que, sur la base du principe d'opportunité, il peut y être dérogé moyennant motivation de sa décision.

La directive de 2003 a été adoptée par le ministre de la Justice seul « après avoir pris l'avis du collège des Procureurs généraux ». Elle ne mentionne ni si cet avis a été pris en considération ni s'il est positif ou négatif. Il semble cependant que le fait qu'elle n'ait pas été contresignée par le collège des procureurs généraux, comme c'est le cas pour les directives de 1998 et de 2005, soit le résultat d'un manque de consensus au sein du collège pour approuver le contenu de la directive, laissant présager des difficultés d'application sur le terrain. Les acteurs chargés d'appliquer ces directives seront d'ailleurs les

⁸⁰ C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, *M.B.*, 28 octobre 2004.

⁸¹ Complément à la directive ministérielle relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente de drogues illicites, 28 mai 2003, *M.B.*, 2 juin 2003.

premiers à se plaindre de la directive comme en témoigne l'avis du Conseil des procureurs du Roi du 5 décembre 2003 qui évoque une directive dont la « terminologie est peu précise », une directive « en contradiction avec les dispositions légales » ou une directive « contradictoire en elle-même »⁸².

*c) La directive relative à la constatation, l'enregistrement et la poursuite des infractions en matière de détention de cannabis du 25 janvier 2005*⁸³

Cette directive, adoptée par la ministre de la Justice et les cinq procureurs généraux, vient entériner les circulaires diffusées par les différents procureurs généraux à la suite de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 20 octobre 2004 qui annulera l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 précité pour contrariété avec l'article 12 de la Constitution : « dès lors qu'il apparaît que plusieurs notions utilisées dans la disposition entreprise sont à ce point vagues et imprécises qu'il est impossible d'en déterminer la portée exacte, cette disposition ne satisfait pas aux exigences du principe de légalité en matière pénale, et il convient de l'annuler »⁸⁴.

La directive de 2005 stipule que « la détention, par un majeur, d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel, sera, comme par le passé, considérée comme relevant du degré de priorité le plus bas de la politique des poursuites ». Elle se calque sur le modèle de la directive de 1998, en préconisant le classement sans suite des délits de détention de cannabis « sauf si cette détention est accompagnée de circonstances aggravantes ou d'un trouble à l'ordre public ». Il est à nouveau dérogé aux règles de procédure pénale puisque les forces de police sont invitées, en cas de constatation d'une détention de cannabis, à rédiger un procès-verbal simplifié (PVS) et à ne pas saisir les substances. Une fois par mois, un relevé de ces procès-verbaux est transmis au parquet, mais « comme il ne s'agit pas de dossiers du parquet », ils ne sont « pas comptés dans les statistiques du parquet ».

La notion de « nuisances publiques » utilisée par la loi du 3 mai 2003, ayant été jugée contraire à l'article 12 de la Constitution par la Cour d'arbitrage

⁸² Avis du conseil des procureurs du Roi quant à la directive ministérielle concernant la politique de poursuites en matière de possession et du commerce de détail de stupéfiants illégaux du 16 mai 2003, 5 décembre 2000, p. 1 et 3.

⁸³ Directive commune de la ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux relative à la constatation, l'enregistrement et la poursuite des infractions en matière de détention de cannabis du 25 janvier 2005, M.B., 31 janvier 2005.

⁸⁴ C.A., 20 octobre 2004, *op. cit.*

en raison de son caractère ambigu⁸⁵, la directive la remplacera par la notion de «troubles à l'ordre public» qui justifie, à nouveau, un traitement différencié de la détention de cannabis. En effet, en cas de constatation d'une détention de cannabis accompagnée de troubles à l'ordre public, la police doit dresser un procès-verbal ordinaire. La notion de troubles à l'ordre public englobe la détention de cannabis dans un établissement pénitentiaire ou dans une institution de protection de la jeunesse, la détention dans un établissement scolaire ou similaire ou dans ses environs immédiats. Selon les termes de la directive, il s'agit «de lieux où les élèves se rassemblent ou se rencontrent, tels qu'un arrêt de transport en commun ou un parc proche d'une école». La notion de «troubles à l'ordre public» s'entend aussi de la détention ostentatoire dans un lieu public ou un endroit accessible au public, comme un hôpital. Cette «nouvelle» catégorie vient confirmer la volonté du gouvernement belge de traiter différemment des comportements qui, gravitant autour de la détention de cannabis, s'inscrivent dans l'espace public, spécialement lorsqu'ils sont le fait de mineurs ou qu'ils impliquent ceux-ci.

En dehors de tout texte légal, la directive entend ainsi poursuivre l'usage de drogues, au travers de comportements qui ne constituent pas des infractions pénales, sur la base du risque que ces comportements font courir à la société. La notion de «troubles à l'ordre public» est particulièrement floue et ne répond pas au grief d'insécurité juridique soulevé par la Cour d'arbitrage, nonobstant les propos de la ministre de la Justice qui entendait, par cette directive, «garantir la sécurité juridique»⁸⁶.

Se référant à la directive de 2003, la directive de 2005 est contraignante pour tous les membres du ministère public sans préjudice de la possibilité pour ce dernier d'y déroger moyennant motivation. En outre, elle précise que chaque procureur du Roi peut tenir compte de circonstances locales pour donner des directives plus précises.

Comme les précédentes, la directive de 2005 formule une injonction négative à l'encontre du ministère public en lui enjoignant de ne pas poursuivre les faits de détention, par un majeur, d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel. Par ailleurs, on relèvera que la directive est l'instrument de prédilection du gouvernement pour répondre au non-respect du principe

⁸⁵ La Cour souligne qu'il est difficile de concevoir ce qu'il y a lieu d'entendre par «les locaux d'un service social» ou par «voisinage immédiat». Quant à la référence aux «lieux fréquentés par des mineurs d'âge à des fins scolaires, sportives ou sociales», elle est formulée de manière tellement large «qu'il convient de dresser procès-verbal pour toute consommation de cannabis par un majeur, à un endroit qui est accessible aux mineurs» (B.8.5.).

⁸⁶ Lettre de la ministre de la Justice, Laurette Onkelinx, au collège des procureurs généraux, 8 novembre 2004, inédit.

de légalité soulevé par la Cour d'arbitrage à propos de l'article 16 de la loi du 3 mai 2003. Pour préciser les contours de l'incrimination, les autorités politiques feront le choix d'une nouvelle directive plutôt que d'une modification légale. La directive est donc ici élevée au rang de palliatif législatif et sa force normative considérée comme équivalente à celle de la loi qu'elle est censée corriger.

3. L'évaluation des directives de politique criminelle en matière de drogues : un constat d'ineffectivité

L'évaluation de la directive de 1998 par le service de la politique criminelle du ministère de la Justice soulignera que la directive se heurte à de fortes résistances dans le chef des membres du parquet et pose le constat d'une grande diversification dans l'application des directives, si bien que celles-ci ne rencontrent aucunement leur objectif avoué d'uniformisation⁸⁷. Deux experts mandatés par le gouvernement belge en 2000 confirmeront que « le caractère vague de ce cadre conceptuel constitue le substrat d'une approche fragmentée : chaque parquet interprète la directive en fonction de la politique qu'il mène. Il n'est donc pas du tout question d'uniformité des poursuites. La particularité de la circulaire réside précisément dans le fait qu'il a été prévu une politique où tout est toujours possible, du classement sans suite à la citation directe, et ce quel que soit le produit. »⁸⁸ Les magistrats avaient déjà souligné, à propos de la directive du 26 mai 1993, qu'ils la concevaient comme un idéal à atteindre et non comme une obligation⁸⁹. Des entretiens menés, dans le cadre d'une recherche financée par la politique scientifique fédérale, avec des magistrats du parquet, après la réforme de 2003, viennent confirmer la non-application de la directive de 2003 sur le terrain⁹⁰.

⁸⁷ SERVICE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Évaluation de la directive du 8 mai 1998 relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites*, 23 novembre 1999.

⁸⁸ DE RUYVER (Br.) et CASSELMAN (J.), *La politique belge en matière de drogue en l'an 2000 : le point de la situation*, Universiteit Gent, Katholieke Universiteit Leuven, janvier 2000, p. 38.

⁸⁹ SERVICE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport 1996-1997*, éd. M.B., p. 138.

⁹⁰ DECORTE (T.) et KAMINSKI (D.) dir., *L'usage problématique de drogues (illégales). Recherche concernant l'opérationnalisation du concept dans un contexte légal*, Federaal wetenschapsbeleid, Academia Press, Gand, 2005, 316 p. Cf. aussi KAMINSKI (D.) et SLINGENEYER (Th.), « Malaise dans la pénalisation : le ministère public face aux usages de drogues », *Déviance et Société*, vol. 32, n° 2, 2007, p. 107-127. Les auteurs relatent la déclaration d'un membre du ministère public selon lequel : « toutes les modifications légales qui nous font mousser n'ont aucun impact sur notre travail quotidien ».

Les évaluations des directives de politique criminelle en matière de drogues mettront également en exergue que l'autonomie décisionnelle dont disposent les membres du ministère public sera largement utilisée par ces derniers, non dans une perspective de tolérance qu'auraient pu induire les textes, mais dans une logique pénalisante de contrôle des usagers de drogues à des fins de sécurité publique. Ainsi, l'évaluation de la directive de 1998 par le service de la politique criminelle soulignera que les catégories résiduelles que sont la consommation problématique et les nuisances publiques sont devenues la règle plutôt que l'exception : les poursuites restent monnaie courante et les acteurs de terrain accordent une place importante aux facteurs personnels et situationnels des usagers de drogues⁹¹. Le constat sera réitéré en 2000 : la définition vague des critères utilisés par la directive, si elle se traduit par un trop grand pouvoir d'appréciation laissé aux policiers et aux parquets, a pour effet, malgré les nombreuses recommandations politiques visant à éviter l'emprisonnement des usagers de drogues, un recours qui reste fréquent aux poursuites et aux peines d'emprisonnement⁹². Enfin, une recherche récente portant sur l'opérationnalisation du concept d'usage problématique confirme que le pouvoir discrétionnaire du parquet et les interventions policières ne visent pas tant à mettre fin à un comportement délictueux (en l'occurrence la détention de drogues) qu'à faire cesser une situation, non pénalisée, comme le fait de causer des nuisances publiques⁹³. Le maintien de l'interdit pénal semble bien ici servir à sanctionner « l'attitude défavorable et la désobéissance du justiciable, en lieu et place d'un fait condamnable, ravalé au rang de prétexte du contrôle pénal »⁹⁴.

D. Les directives de politique criminelle à l'épreuve de la théorie des sources du droit

Les directives de politique criminelle semblent, à première vue, pouvoir être qualifiées de sources formelles du droit au sens où l'entend Isabelle Hachez, c'est-à-dire en ayant essentiellement égard à « l'origine des règles de droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration »⁹⁵. En effet,

⁹¹ SERVICE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Évaluation de la directive du 8 mai 1998 relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites*, op. cit.

⁹² DE RUYVER (Br.) et CASSELMAN (J.), *La politique belge en matière de drogue en l'an 2000...*, op. cit., p. 38.

⁹³ DECORTE (T.) et KAMINSKI (D.) dir., *L'usage problématique de drogues (illégales)...*, op. cit., p. 221 et 244.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 277.

⁹⁵ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, vol. 65, 2010, p. 6.

elles se fondent sur diverses dispositions légales et constitutionnelles. Mais si la règle de droit, sous son aspect formel, s'attache principalement à la qualité de l'auteur qui l'adopte, elle s'intéresse, sous son aspect substantiel, à la qualité de son contenu et nous renvoie à la théorie des trois pôles de la validité – que sont la légalité, l'effectivité et la légitimité – développée par François Ost et Michel van de Kerchove. Comme le précisent ces auteurs, ces trois pôles sont imbriqués les uns dans les autres tant il est impossible de les considérer « isolément sans mobiliser implicitement ou explicitement les deux autres »⁹⁶.

Au terme de cette analyse, nous verrons que les directives de politique criminelle souffrent d'un déficit certain sous l'angle de la légalité et de la légitimité et ne bénéficient que d'une faible effectivité. Aussi la force normative de ces directives est-elle très atténuée. Par ailleurs, leur identification par le biais d'une règle de reconnaissance, au sens hartien du terme, pose question.

1. Le pôle de la légalité

La notion de directive de politique criminelle pose, au plan théorique, un certain nombre de problèmes eu égard au principe de la séparation des pouvoirs et à celui de la légalité en matière pénale. En effet, telle que définie par les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux, la notion de politique criminelle, en ce qu'elle porte sur « l'ensemble des mesures qui ont pour objet de réprimer les infractions, sanctionner leurs auteurs et assister les victimes », empiète sur les compétences du législateur, ainsi que sur celles du juge. Si le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite et si l'inflation législative, comme la charge de travail des magistrats, imposent d'opérer des choix dans l'application de la loi, ces choix doivent être déterminés par le Parlement et non dans des instruments de politique criminelle.

Comme on a pu l'illustrer en matière de drogues, les directives de politique criminelle écorchent le principe de légalité en matière pénale en dérogeant à plusieurs règles de droit pénal ou de procédure pénale : qu'il s'agisse pour les services de police de ne pas dresser procès-verbal ou de dresser un procès-verbal simplifié à l'encontre d'un comportement – la détention de

⁹⁶ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 325 ; HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 30.

cannabis – érigé en infraction ou de demander au ministère public d’entamer des poursuites, en dehors de tout cadre légal, comme en cas de « troubles à l’ordre public ». En posant un principe de tolérance à l’égard de la détention de cannabis, les directives de politique criminelle heurtent également l’article 108 de la Constitution, empêchant le ministère public d’intenter l’action publique et d’appliquer la loi pénale. Le principe de l’interdiction d’injonction négative – qui viendrait consacrer l’autonomie du ministère public – est ainsi mis à mal par des directives de politique criminelle à caractère général et contraignant en matière de recherche et de poursuites. Même à considérer que ces directives ne peuvent empêcher le ministère public d’exercer des poursuites, elles influenceront néanmoins sur la manière dont ce dernier va mettre en œuvre l’action publique dans des cas individuels.

2. Le pôle de la légitimité

Fruits de l’initiative du ministre de la Justice, parfois en concertation avec le collège des procureurs généraux, les directives de politique criminelle échappent à tout débat démocratique ainsi qu’à tout contrôle juridictionnel⁹⁷. La publicité accordée au rapport d’activités du collège, par sa communication au Parlement, tendait, en principe, à réduire ce déficit. Selon les vœux de la Commission « De Wilde », il ne suffit pas en effet « que la politique criminelle soit légale ; elle doit être fondée de plus en plus sur la légitimité, c’est-à-dire que les objectifs et les moyens doivent être cohérents et être ressentis comme acceptables dans la société. La politique criminelle doit donc être menée publiquement et elle doit être contrôlable par le Parlement » de manière à lui conférer une légitimité⁹⁸. Il nous semble cependant que cette publicité n’est pas en mesure de pallier ce déficit, d’autant que le rapport semble inexistant⁹⁹.

⁹⁷ Une directive de politique criminelle, en tant qu’instrument du pouvoir exécutif, ne peut, en elle-même, faire l’objet d’un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, mais peut, en revanche, être attaquée devant le Conseil d’État. Ainsi, saisie de questions préjudicielles portant notamment sur la compatibilité, avec le principe d’égalité, des politiques divergentes en matière de poursuites de la détention de cannabis, la Cour d’arbitrage constatera que « les éventuelles divergences trouvent leur source non dans l’article 2bis, § 1^{er} [de la loi sur les drogues], mais dans la politique criminelle mise en œuvre en cette matière par le ministère public. À supposer de telles divergences établies, leur appréciation échappe à la compétence de la Cour » (§ B.8.), arrêt n° 114 du 18 novembre 1998.

⁹⁸ Rapport « De Wilde », *op. cit.*, p. 13 et 22. Dans le même sens, cf. NOUWYNCK (L.), « Politique criminelle et institutionnalisation du collège des procureurs généraux », *R.D.P.C.*, 1999, p. 838.

⁹⁹ Nous avons certes trouvé un « Rapport du collège des procureurs généraux soumis au Comité parlementaire chargé du suivi législatif », mais ce rapport relève uniquement les lois qui ont posé des difficultés d’application ou d’interprétation, sans faire aucune allusion à l’exécution de la politique criminelle, *Doc. parl.*, Ch. repr.-Sénat, sess. ord. 2011-2012, n° 53-1414/5 et n° 5-1453/1.

Les directives de politique criminelle sont ainsi de nature à renforcer le déséquilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. En optant pour l'aménagement de la politique des poursuites en matière de drogues dans un contexte où la pertinence de l'interdit pénal est questionnée, le gouvernement fait peser la responsabilité de la politique des drogues sur les acteurs de terrain. Encouragé par l'abondance législative, l'imprécision de la loi pénale et sa qualité médiocre, le ministère public est constamment obligé de pallier les carences de la loi. Pour paraphraser Didier Rebut, le parquet occupe ainsi une place que la loi lui a volontairement abandonnée¹⁰⁰.

3. Le pôle de l'effectivité

Si nous avons été bien en mal de recenser les directives de politique criminelle, comme d'en identifier leurs auteurs, force est de constater la pénurie des directives de politique criminelle au regard des nombreuses circulaires émanant du collège des procureurs généraux et portant, notamment sur la politique de recherche et de poursuite des infractions¹⁰¹. Les quelques directives existantes en matière de drogues ne sont pas, sauf pour l'une d'entre elles, l'initiative du ministre de la Justice, mais le fruit d'une concertation entre ce dernier et le collège des procureurs généraux. En outre, elles viennent le plus souvent entériner des pratiques existantes sans élaborer de nouvelles lignes de conduite. Ainsi, la directive de 2005 indiquera explicitement qu'elle vient entériner les circulaires diffusées par les différents procureurs généraux à la suite de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 20 octobre 2004 annulant partiellement la loi du 3 mai 2003 sur les drogues¹⁰².

¹⁰⁰ REBUT (D.), « Le principe de légalité des délits et des peines », *Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, n° 2, p. 258-259.

¹⁰¹ Cf. notamment, pour le contentieux des drogues, la circulaire COL 7/2007 du collège des procureurs généraux relative à la politique des poursuites à l'égard des touristes de la drogue et la circulaire COL 1/2009 du collège des procureurs généraux relative à la politique des poursuites en matière d'infraction à la législation sur les drogues qui sont commises à l'entrée des et au sein des établissements pénitentiaires. Nous n'avons pas été en mesure de nous procurer ces deux circulaires en raison de leur caractère confidentiel décrété par les autorités judiciaires, ce qui nous permet de souligner le caractère peu transparent et accessible de ces instruments.

¹⁰² De même, au vu des statistiques de poursuites, il semble que le ministère public, en poursuivant moins les dossiers de drogues à partir de 1997, ait anticipé l'entrée en vigueur de la directive de 1998 ou que celle-ci soit venue entériner ces pratiques. Cf. GUILLAIN (Chr.) et SCOHER (C.), « La gestion pénale d'une cohorte de dossiers stupéfiants (1993-1997) : les résultats disparates d'une justice dite alternative », in *Réponses à l'insécurité. Des discours aux pratiques*, op. cit., p. 277.

En somme, c'est donc le collège des procureurs généraux qui édicte la politique de recherche et de poursuites indépendamment de toute politique criminelle élaborée par le ministre de la Justice.

On ajoutera que si une règle peut être normative sans être obligatoire ou peut servir de modèle pour les acteurs indépendamment de son caractère obligatoire¹⁰³, les évaluations des directives de politique criminelle ont montré combien le ministère public se sent bien peu contraint par ces instruments. Par ailleurs, aucune sanction disciplinaire ne semble avoir été prononcée à l'encontre d'un membre du ministère public qui n'aurait pas respecté une directive de politique criminelle.

4. La faible reconnaissance des directives de politique auprès des acteurs de terrain

Nous ne pouvons rester sourd à l'appel de Philippe Gérard qui considère que la notion de règle de reconnaissance dégagée par H.L.A. Hart « figure sans doute parmi les références théoriques qui doivent être prises en considération par quiconque entend aborder à nouveau la question des sources du droit, qu'il s'agisse d'étudier l'évolution récente de sources identifiées depuis longue date ou d'analyser les phénomènes liés à l'émergence de sources nouvelles »¹⁰⁴.

Pour H.L.A. Hart, la règle de reconnaissance n'existe cependant « que dans la mesure où elle représente une règle fondée sur la pratique »¹⁰⁵.

Au vu de ce qui précède, si l'on peut voir dans l'article 151 de la Constitution, l'embryon d'une règle de reconnaissance, en revanche, les directives de politique criminelle ne semblent jouir d'aucune reconnaissance auprès des autorités chargées de les appliquer.

Conclusion

Si les pratiques du ministère public prêtent le flanc à certaines critiques, il est difficile de nier la force normative attachée au principe de l'opportunité des poursuites. Ce principe autorise le ministère public à exercer l'action publique en toute autonomie au travers de décisions qui s'imposent aux

¹⁰³ THIBIERGE (C.) *et al.*, *op. cit.*, p. 42 et 819; HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁴ GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance : valeurs, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, vol. 65, 2010, p. 65.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 67.

particuliers et aux juges du fond. Les quelques correctifs qui viendraient tempérer ce pouvoir absolu, dont les directives de politique criminelle, ne semblent avoir que peu d'incidence sur l'exercice des prérogatives du ministère public.

Le monopole dont jouit le ministère public dans l'application de la loi pénale ne s'en trouve que renforcé. Encouragée par des directives de politique criminelle aux contours juridiques plus qu'incertains, la délégation faite au ministère public crée dans son chef un « espace de jeu » qui lui a permis de s'arroger une autonomie réelle dans la gestion, notamment du contentieux des drogues, au point de pouvoir ignorer toute injonction politique même lorsqu'elle provient de sa hiérarchie. En d'autres mots, l'ineffectivité des directives de politique criminelle vient souligner l'effectivité des pratiques du ministère public dans le cadre du principe de l'opportunité des poursuites.

Le ministère public ne nous semble ainsi plus pouvoir être cantonné dans un rôle de simple exécutant de la loi. En paraphrasant la jurisprudence européenne qui considère que « la “loi” est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété »¹⁰⁶ ou que « la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal », nous pouvons considérer que le ministère public dispose d'un certain pouvoir de création de la loi puisqu'il contribue à définir les contours de l'incrimination et de la peine pour le justiciable¹⁰⁷. Les pratiques du ministère public, au même titre que celles du juge, participent ainsi à la fonction normative du droit pénal, nous invitant à une autre lecture des sources classiques du droit pénal.

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04.

¹⁰⁷ Cour eur. D.H., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98.