

LA POURSUITE ET LA RECHERCHE DES INFRACTIONS Á L'ÉPREUVE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

PAR

CHRISTIAN DE VALKENEER

Différentes dispositions consacrent le principe d'égalité dans notre droit et prohibent la discrimination : les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On notera que, si les dispositions constitutionnelles et celles du Pacte international ont une portée générale, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme se limite à la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention.

En permettant à la Cour d'arbitrage de statuer, à titre préjudiciel, sur la violation par une loi *sensu lato* des articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage a permis le développement d'une jurisprudence importante en matière d'égalité et de non-discrimination. Celle-ci n'est probablement pas étrangère à l'intérêt que semble susciter de plus en plus cette question en procédure pénale.

Dans un article récent au titre évocateur — « *Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht : de schone slaapster in het bos* » ? —, Chris Van Den Wijngaert procédait à un inventaire des aspects problématiques de notre procédure pénale, au regard du principe d'égalité (1). Dans son introduction, elle relevait le peu d'intérêt suscité par cette question parmi les pénalistes. Entre-temps, quelques travaux sont venus enrichir l'analyse amorcée par le professeur Van Den Wijngaert. La présente contribution vise à poursuivre la réflexion entamée. Nous nous attacherons, ici, aux phases antérieures du procès pénal : la recherche et la poursuite des infractions.

C'est à ces deux stades que les choix décisifs qui conditionneront toute la suite de la procédure vont être faits et que le pouvoir du ministère public

Christian DE VALKENEER est juge au Tribunal de première instance de Bruxelles et maître de conférences à l'Université Catholique de Louvain.

(1) Ch. VAN DEN WIJNGAERT, « *Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht : de schone slaapster in het bos ?* », *R.W.*, 1991-1992, pp. 1181 à 1193.

est le plus étendu. Certes, le classement sans suite est assorti des correctifs que sont la citation directe, la constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, l'ordre adressé au procureur général par le ministre de la Justice de mettre en mouvement l'action publique et l'injonction de la cour d'appel, toutes chambres réunies, d'engager des poursuites. Dans les faits, néanmoins, les statistiques montrent que ces voies sont relativement peu empruntées par rapport au volume du classement sans suite d'opportunité. En outre, un certain nombre d'infractions ne génèrent pas de victimes, au sens premier du terme — la consommation et le trafic de stupéfiants, le blanchiment d'argent,... etc. — abandonnant ainsi, au seul ministère public, la décision de mettre en route l'action publique.

En amont du classement sans suite, la décision de rechercher telle ou telle infraction n'est, quant à elle, encadrée d'aucun correctif. De surcroît, cette phase du procès pénal ne laisse, généralement, subsister aucune trace. Enfin, si la constatation des infractions constitue une obligation pour les agents revêtus de cette compétence, la pratique révèle, cependant, que tous les faits ne font pas l'objet d'une dénonciation au parquet.

I. — LE CLASSEMENT SANS SUITE

A la différence de plusieurs systèmes étrangers qui connaissent le principe de la légalité des poursuites, l'action des parquets belges est organisée autour du principe de l'opportunité des poursuites, lequel est approuvé par une jurisprudence constante (2).

On estime, généralement, cette prérogative accordée au ministère public dépourvue de base légale. Elle découlerait, selon la doctrine, d'une règle coutumière, d'une tradition « non contestée » ou de l'« intention précise du législateur » (3). Cette approche ne nous paraît pas entièrement correcte. On trouve, en effet, dans la loi des traces du principe d'opportunité des poursuites.

Les unes explicites, comme la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, qui dispose en son article 5 que « le ministère public décide compte tenu de la gravité de l'infraction, s'il y a lieu ou non à poursuites pénales ». Une renon-

(2) Voy. not. Cass., 13 avril 1896, *Pas.*, 1896, I, p. 161 ; Cass., 23 août 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1203 ; Cass., 23 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 271 ; Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670 ; Cass., 14 mai 1985, *Pas.*, I, 1985, p. 1140 ; Cass., 10 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 822 ; Cass., 13 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I ; Anvers, 1^{er} décembre 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 145 ; Mons, 20 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 25 ; Anvers, 25 novembre 1987, *Turnhoutrechtsleven*, 88/30 ; Gand, 14 novembre 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 168 ; Mons, 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 441 ; Corr. Charleroi, 18 novembre 1980, *J.T.*, 1981, p. 260.

(3) Ch. JANSSEN et J. VERVAELE, *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 12.

ciation de sa part, ouvre le droit, pour l'administration concernée, d'infliger une amende administrative (4).

Les autres implicites, telles que les différentes mesures alternatives à la répression pénale. Elles permettent aux parquets d'emprunter d'autres voies que la répression judiciaire et donc, indirectement, d'apprécier l'opportunité des poursuites. Parmi les principales on peut citer :

— L'article 216*bis* du Code d'instruction criminelle qui offre la possibilité au ministère public, en matière contraventionnelle et délictuelle, d'éteindre l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent.

— L'article 216*ter* du Code d'instruction criminelle qui introduit la médiation pénale (5). Celle-ci produit les mêmes effets que la transaction, si ce n'est que la prestation sollicitée peut avoir un caractère tantôt réparatoire, tantôt thérapeutique, voire éducatif.

— L'article 24 du Code de procédure pénale militaire qui permet, notamment, au ministère public de renvoyer l'auteur d'une infraction qui paraît présenter peu de gravité à son chef de corps pour être puni disciplinairement.

De lege ferenda, la Commission pour le droit de la procédure pénale propose de consacrer légalement le principe de l'opportunité des poursuites (6).

II. — LA RECHERCHE DES INFRACTIONS

Selon l'article 8 du Code d'instruction criminelle, la fonction de police judiciaire consiste, notamment, à rechercher les crimes, les délits et les contraventions.

La notion de recherche est susceptible d'être entendue de plusieurs manières (7). Au sens général, elle renvoie à une activité visant à découvrir des faits délictueux dont les services de police n'auraient pas encore connaissance. Cette interprétation présente, d'ailleurs, une certaine logique avec la suite de l'article 8 qui évoque, ensuite, la collecte des preuves de ces infractions et leur poursuite devant les tribunaux. En revanche, on peut

(4) La doctrine cite, également, l'art. 14, al. 5, de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire relatif au changement de langue pour les habitants des communes de Mouscron, Commines et Fourons-Saint-Martin aux termes duquel « à la clôture de l'information en matière correctionnelle, le ministère public, s'il ne classe pas l'affaire sans suite... ».

(5) On consultera à ce sujet M. VAN DE KERCHOVE, « Médiation pénale et travaux d'intérêts général » *J.T.*, 1995, pp. 61 à 67.

(6) COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCÉDURE PÉNALE, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, Maklu, 1994 (art. 28*quater*).

(7) L'art. 15 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police utilise également le terme de recherche des crimes, des délits et des contraventions. L'exposé des motifs précise que la rédaction de cet article a été faite par référence à l'article 8 du Code d'instruction criminelle dont il ne modifie pas la portée (voy. G. BOURDOUX et Ch. DE VALKENNEER, *La loi sur la fonction de police*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 67).

concevoir qu'il y ait seulement recherche, au sens légal du terme, lorsqu'une infraction a été commise et qu'elle est portée à la connaissance des autorités compétentes. En d'autres termes, la police judiciaire a-t-elle un caractère exclusivement réactif ou, au contraire, possède-t-elle également une dimension proactive lui permettant d'entreprendre des investigations indépendamment de la constatation d'une infraction, ou de la possession d'indices qu'une infraction pourrait avoir été commise ou est sur le point de l'être ?

Cette question avait déjà attiré l'attention de certains commentateurs sous l'Ancien régime. Ainsi Jousse relevait « qu'il suffit d'indices légers pour informer en général d'un crime, à l'effet de le constater et d'en rechercher les auteurs ; mais que pour informer spécialement, c'est-à-dire contre une personne déterminée, des indices plus précis, plus graves, sont nécessaires, et qu'il faut prendre en considération la qualité et la moralité des personnes inculpées et la nature du délit » (8).

Les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle ne livrent guère d'éléments de réponses. On ne trouve aucune trace dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat d'une discussion à cet égard (9). C'est surtout la distinction entre la police judiciaire et la police administrative qui fit l'objet de longs développements (10). Dans l'esprit des premiers commentateurs du Code d'instruction criminelle, le terme « recherche » se confondait avec la constatation des infractions en elles-mêmes, et la saisie des premiers indices et preuves (11).

La doctrine plus récente ne s'est pas réellement penchée sur la question (12). A. Braas décrit brièvement la police judiciaire. Les définitions qu'il en donne ne sont pas exemptes d'une certaine ambiguïté. Ainsi, il relève que « les infractions peuvent aussi être recherchées et constatées spontanément par les magistrats ou les agents que les lois commettent à cette fin », mais ajoute, quelques paragraphes plus loin, que la police judiciaire « commence à la perpétration ou à la dénonciation de l'infraction et

(8) JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, p. 114.

(9) BARON LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Ou commentaires et compléments des codes français*, t. XXIV, Paris, Treuttel et Würtz, Libraires, 1831, pp. 127 à 136.

(10) BARON LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Ou commentaires et compléments des codes français*, t. XIII, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. 399.

(11) M. FAUSTIN-HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, éd. augmentée par J.S.G. NYPELS et L. HANSSENS, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1865, p. 2, n° 1429 ; J.M. LE GRAVEREND, *Traité de la législation criminelle*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1832, t. I^{er}, p. 156 ; M.F. DUVERGER, *Manuel des juges d'instruction*, 3^e éd., Paris, Cosse et Marchal, imprimeurs-éditeurs, 1862, pp. 240-241.

(12) R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, n° 265 et ss.

dure jusqu'au moment où la justice proprement dite commence à agir » (13).

Quelques auteurs ont évoqué succinctement la question. Jacques Hoeffler semble opter pour une approche extensive de la police judiciaire lorsqu'il note qu'« elle est tenue, en premier lieu, d'exercer en tout temps une surveillance efficace afin de découvrir les crimes, les délits et les contraventions ; ensuite lorsqu'elle acquiert la connaissance d'une infraction, elle doit mettre en œuvre tous les moyens dont elle dispose pour en identifier les auteurs et en rassembler les preuves » (14). G. Schuind, à propos de l'article 22 du Code d'instruction criminelle, note que la police judiciaire « consiste non pas seulement à constater des infractions, mais aussi à s'enquérir des infractions qui ont pu être commises » (15).

Pour Adrien Masset, par contre, « la police judiciaire n'a à intervenir que pour rechercher les infractions déjà commises et pour en découvrir les auteurs » (16).

Un vieil arrêt de la Cour de cassation, datant de 1855, a jugé que « d'après l'article 8 du Code d'instruction criminelle, la police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir ; que les termes mêmes de cette disposition impliquent que les officiers de police judiciaire peuvent, avant toute poursuite proprement dite, faire les investigations nécessaires pour parvenir à la découverte d'un crime ou d'un délit ; que le législateur ne pouvant préciser les circonstances, les indices ou les présomptions qui autoriseraient les recherches de la justice, a dû s'en référer à cet égard, à la prudence des fonctionnaires qu'il a chargé de l'exercice de la police judiciaire ; que sans doute, le pouvoir, en quelque sorte, discrétionnaire dont ils sont investis, leur commande de n'agir qu'avec la plus grande circonspection, mais que, du moment où une instruction régulière porte sur un fait qui, s'il était établi, présenterait les caractères d'un crime ou d'un délit, nul ne peut à moins d'une exception écrite dans la loi, refuser de donner à la justice les renseignements qu'elle réclame et de répondre aux questions qui lui sont adressées par le magistrat compétent » (17).

Plus d'un demi siècle plus tard, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 mars 1916, semble adopter une vue plus restrictive du champ de la

(13) A. BRAAS, *Précis d'instruction criminelle ou de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1932, pp. 144-145.

(14) J. HOFFLER, *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Courtrai, UGA, 1956, p. 99.

(15) G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, t. II, Procédure pénale, Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 234.

(16) A. MASSET, « Les limites de certains moyens de preuve », in *Les droits de la défense en matière pénale*, Actes du colloque des 30-31 mai et 1^{er} juin 1985, Ed. du Jeune barreau de Liège, 1985, p. 191.

(17) Cass., 7 novembre 1855, *B.J.*, 1855, Col. 1537 à 1552.

police judiciaire en considérant que le pouvoir d'information des officiers de police judiciaire ne débiterait que lorsque les faits leur ont été dénoncés : « aucune disposition légale n'interdit au procureur du Roi et à ses officiers de police judiciaire auxiliaires, même hors le cas de flagrant délit, de prendre des renseignements au sujet des faits leur dénoncés ou portés à leur connaissance, de recourir aux déclarations non assermentées de témoins, de procéder à des recherches dans la demeure des particuliers avec le consentement de ces derniers » (18).

Un arrêt de la Cour d'appel de Liège, rendu dans les années septante, estime qu'il y a seulement recherche, au sens légal du terme, à partir du moment où une infraction a été commise et qu'un policier en a connaissance (19).

La Commission pour le droit de la procédure pénale semble, pour sa part, avoir opté pour une approche élargie de la notion de recherche des infractions en proposant un article 28*bis* où il est précisé que « l'information est l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, les auteurs et les preuves et à rassembler les éléments nécessaires en vue de l'exercice de l'action publique. ». Dans le commentaire de cet article, il est souligné que « l'information a notamment pour but de rechercher des infractions qui ne sont pas encore constatées » (20).

Chris Van Den Wijngaert pousse plus loin la réflexion en postulant l'existence, à côté de la police administrative et de la police judiciaire, d'une troisième forme de police, non réglée par la loi mais qui s'est développée en raison des besoins de la pratique : la police proactive. Elle la définit de manière téléologique : « Het proactieve politieoptreden strekt ertoe de optimale omstandigheden te creëren waarin een misdrijf op heterdaad kan worden betrapt » (21). Selon ce même auteur, la police proactive n'est ni préventive, puisque sa finalité ultime est de constater une infraction et non de la prévenir, ni répressive puisqu'au moment où la police intervient, les faits ne sont pas encore commis (22).

L'approche de Chris Van Den Wijngaert est intéressante dans la mesure où elle tente d'appréhender de nouvelles formes d'activités policières qui ne rentrent pas dans les schémas classiques de la police judiciaire et de la police administrative. Elle nous semble, néanmoins, incomplète dans la mesure où elle tend à limiter la police proactive aux actions qui interven-

(18) Cass., 16 mars 1916, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 310.

(19) Liège, 13 décembre 1970, *R.G.A.R.*, 1971, n° 8598.

(20) COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCÉDURE PÉNALE, 1. *Rapport de la Commission*. 2. *Avant-projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*. 3. *Enquête dans les milieux judiciaires*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, Maklu, 1994, p. 25.

(21) Ch. VAN DEN WIJNGAERT, *op. cit.*, p. 437.

(22) *Ibid.*, p. 619.

nent avant la commission d'une infraction. Or, la notion de proactivité a un sens plus large en sociologie de la police. On parlera d'action proactive ou réactive selon qu'un service de police se mobilise de sa propre initiative ou à l'intervention d'un tiers (23). Si l'on transpose ces concepts à la matière de la police judiciaire, la réactivité recouvrirait la constatation des infractions qui ont été rapportées, par le public, à la police, en ce compris la recherche des indices et des auteurs de celles-ci. Tandis que la proactivité embrasserait la recherche des infractions déjà commises mais non dénoncées et des faits non encore commis mais sur le point de l'être, ou en préparation.

Si l'indétermination domine quant à la portée exacte de la notion de recherche des infractions (24), la pratique quotidienne témoigne de choix importants à ce stade et ce à deux niveaux.

Tout d'abord, la mise en place de stratégies proactives introduit un nouveau processus de criminalisation consistant à définir, non plus l'agenda des poursuites, comme en matière de classement sans suite, mais à établir celui des formes de criminalité qui devront être prioritairement recherchées. Il s'agit là d'une forme de mise en œuvre de la loi pénale qui, jusqu'à présent, n'a guère retenu l'attention de la doctrine (25). Elle soulève, néanmoins, des problèmes dans une certaine mesure plus délicats que la politique de poursuite. En effet, à la différence de cette dernière, les choix qu'elle opère sont sans appel puisqu'il y va de la constatation même du fait, alors que le classement sans suite est entouré de différents correctifs.

Ensuite, dans le cadre de la police réactive, des sélections sont opérées parmi les faits faisant l'objet d'un enregistrement officiel par les services de police. Certes, les articles 15 et 40 de la loi sur la fonction de police obligent les fonctionnaires de police de la gendarmerie, de la police communale et de la police judiciaire près les parquets à consigner dans un procès-verbal les plaintes, les dénonciations, les constatations et les renseignements rela-

(23) Voy. à ce sujet A.J. REISS, *The police and the public*, 6^e éd., New Haven and London, Yale University Press, 1977, p. 64.

(24) Pour le commandant de la gendarmerie, l'article 8 du Code d'instruction criminelle autorise aussi bien la recherche réactive que la recherche proactive. Il estime que cette dernière est la seule méthode utilisable si l'on veut pouvoir appréhender de manière efficace les phénomènes de criminalité grave et/ou organisée. (W. DE RIDDER, « De relatie openbaar ministerie-Rijks-wacht », in *Un ministère public pour son temps*, Actes du colloque tenu sous les auspices du ministre de la Justice et des procureurs généraux près la Cour de Cassation et près les cours d'appel, Bruxelles, 7 et 8 octobre 1994, p. 251).

(25) Voy. cependant A. DE NAUW, « De beordelingsruimte van de politie in de opsporing en het strafprocesrecht », *R.W.*, 1990-1991, pp. 68 et ss.

tifs aux infractions qu'ils ont constatées (26). Néanmoins, dans la pratique, l'existence d'un certain filtrage est incontestable (27). Cette sorte de « classement sans suite policier » rendra le fait délictueux inexistant sur le plan pénal. A la différence du classement opéré par le ministère public qui constitue une décision provisoire, celui accompli par un service de police va effacer, définitivement, toute trace de l'infraction. Certes, si les faits sont rapportés par un plaignant, rien n'empêche celui-ci de s'adresser à un autre service ou directement au parquet. Toutefois, une telle démarche suppose à la fois une motivation suffisante et un degré minimum de connaissance de ses droits.

III. — LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ EN DROIT INTERNE ET EN DROIT INTERNATIONAL

La règle constitutionnelle de l'égalité et de la non-discrimination n'admet des différences de traitement pour des situations comparables que pour autant que ces dernières reposent sur une justification objective et raisonnable (28). Le principe d'égalité sera violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (29).

L'appréciation, par les juridictions internes ou les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, du respect de la règle d'égalité suppose l'examen de trois éléments (30).

En premier lieu, l'existence de situations comparables ou analogues, mais qui ne doivent pas nécessairement être identiques (31). Comme le note

(26) G. BOURDOUX et Ch. DE VALKENEER, *op. cit.*, pp. 279 et ss. Il convient de signaler qu'un grand nombre de fonctionnaires sont chargés de la recherche d'infractions à des lois spéciales et sont soumis, en vertu de l'article 29 du Code d'instruction criminelle, à une obligation de dénonciation au ministère public. Celle-ci souffre néanmoins de certaines exceptions. Ainsi, en droit pénal social, les inspecteurs sociaux disposent de la possibilité, pour un certain nombre d'infractions, de se borner à donner des avertissements aux contrevenants, sans devoir informer l'auditorat du travail des faits (A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 107 et s.).

(27) M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1987, p. 328 ; A. DE NAUW, *op. cit.*, pp. 71 et s. ; Ch. DE VALKENEER, *Police et public — Un rendez-vous manqué ?* Bruges, La Chartre, 1988, pp. 142 et s. ; Ch. JANSSEN et J. VERVAELE, *op. cit.*, p. 7, notes 12 et 13. Dans une récente question parlementaire, un député, relatant le cas d'un plaignant à qui des fonctionnaires de police auraient conseillé de ne pas porter plainte, demandait au ministre de l'Intérieur s'il existait des directives ministérielles allant dans ce sens. Celui-ci se contenta de répondre par la négative. (Question n° 944 de M. M. Harmegnies du 17 novembre 1994, *Bull. Q.R.*, Chambre, 1994-1995, pp. 14550-14551).

(28) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1993 », *R.B.D.C.*, 1994, p. 169.

(29) Arrêt n° 9/91 du 13 juin 1991, B.4., *J.L.M.B.*, 1991, p. 1012.

(30) A. ALEN, « Egalité et non-discrimination en droit interne », in *Egalité et non-discrimination* (ed. A. ALEN et P. LEMMENS), Anvers, Kluwer, 1991, p. 202.

(31) Ch. VAN DEN WIJNGAERT, *op. cit.*, p. 1183.

Michel Melchior, la Cour européenne des droits de l'homme se borne, le plus souvent, à affirmer ou à repousser la similitude, sans apporter de justification (32). Patrick De Ridder fait la même constatation en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (33).

En second lieu, le caractère objectif de la différence de traitement. En d'autres termes, la distinction devra reposer sur des critères identiques et déterminés, aux termes desquels toute personne y répondant fera l'objet d'un traitement différencié. Nous pensons, avec Chris Van Den Wijngaert, que la condition d'objectivité contient également une dimension de publicité (34). En d'autres termes, les critères de distinction devront être contenus dans un instrument offrant un degré d'accessibilité suffisant, permettant au citoyen d'anticiper les effets de la différence de traitement.

En troisième lieu, la différence de traitement devra être proportionnée au but poursuivi, et de nature à réaliser l'objectif poursuivi. Lors de cet examen, il n'appartiendra pas à la juridiction chargée du contrôle de juger de l'opportunité de la distinction, ni de se mettre à la place du législateur (35).

IV. — L'OPPORTUNITÉ DES RECHERCHES ET DES POURSUITES DANS LA JURISPRUDENCE

A notre connaissance, seules les juridictions de l'ordre judiciaire ont eu à examiner la compatibilité du principe de l'opportunité des recherches et des poursuites avec la règle de l'égalité.

Lors de cette dernière décennie, la Cour de cassation a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur cette question. Trois arrêts portent sur l'opportunité des poursuites. Dans chaque espèce, les demandeurs déduisaient une violation de l'article 6 ancien (10 nouveau) de la Constitution, de la circonstance que le parquet avait mis l'action publique en mouvement seulement contre un nombre limité de prévenus. Ils estimaient que, de la sorte, le ministère public agissait de manière arbitraire et violait la règle de l'égalité. Ils relevaient, ainsi, que

(32) M. MELCHIOR, « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Egalité et non-discrimination*, op. cit., p. 17.

(33) P. DE RIDDER, « De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof », *R.W.*, 1990-1991, p. 482.

(34) Ch. VAN DEN WIJNGAERT, op. cit., pp. 1183-1184. Son raisonnement s'appuie sur un parallélisme avec différentes dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme où les exceptions aux droits garantis doivent être prévues par la « loi », celle-ci étant entendue non dans son sens formel, mais en tant que norme possédant un degré de précision et d'accessibilité suffisant.

(35) En ce qui concerne :

— la Cour d'arbitrage, voy. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, op. cit., p. 173,

— les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. P. DE RIDDER, op. cit., p. 487.

- « pour que le principe d'égalité de tous les Belges devant la loi soit violé, il suffit que les poursuites soient exercées sur un fondement arbitraire ou subjectif sans qu'elles soient entachées d'abus de pouvoir » (36) ;
- « le fait de poursuivre ainsi, sans aucun critère objectif, des catégories déterminées de citoyens du chef d'exploitation de 'jeux de hasard', alors que l'autorité tolère que d'autres ne soient pas inquiétés constitue une violation de la Constitution » (37) ;
- « administration d'une bonne justice justifie notamment que si tous les contrevenants connus ne sont pas poursuivis, il s'impose de ne pas opérer entre eux un déséquilibre, une inégalité exclue par la Constitution, en ne poursuivant pas les uns et en sanctionnant sévèrement les autres » (38).

La Cour de cassation a considéré, dans ces trois arrêts, que l'opportunité des poursuites était compatible avec le principe d'égalité dès lors qu'il revient, précisément, au ministère public d'apprécier, en fonction des éléments de fait et des circonstances de la cause, si l'action publique doit être intentée.

On retrouve une motivation similaire dans un arrêt de la Cour d'appel de Mons saisie de poursuites sur base du non-respect de la législation en matière de repos dominical. La Cour ajoute, en outre, qu'il était loisible aux prévenus de mettre l'action publique en mouvement (39).

Tout en réaffirmant le pouvoir du ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites, un arrêt récent de la Cour d'appel de Mons a ouvert, selon nous, une brèche dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En l'espèce, le prévenu invoquait le fait que des centaines de personnes se livraient à des pratiques assimilables aux faits faisant l'objet des préventions sans être inquiétées. Par conséquent, il estimait que les poursuites étaient irrecevables puisqu'elles constituaient un acte discriminatoire contraire aux articles 2.2. du Pacte de New York et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour répondit qu'un « acte de poursuite ne peut être qualifié de discriminatoire que dans l'hypothèse où la différence de traitement (classement sans suite ou poursuites) entre auteurs d'infractions similaires s'inspirerait de motifs prohibés et serait appliquée en fonction de critères tels que le sexe, la race, les opinions politiques, etc. (cfr les critères énumérés par l'article 2.2. du Pacte de New York précité et à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme) » (40). La Cour relève, toutefois, qu'aucun élément de la cause ne permet d'établir qu'un nombre important de personnes physiques ou de sociétés useraient de

(36) Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 674 (poursuites en matière d'avortement).

(37) Cass., 10 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 823.

(38) Cass., 13 décembre 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 461 (poursuites en matière d'urbanisme).

(39) Mons, 20 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 25 à 28.

(40) Mons, 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 41.

pratiques similaires à celles pour lesquelles les prévenus sont poursuivis. Que, par conséquent, la discrimination invoquée n'est étayée par aucun élément objectif.

La Cour de cassation a eu, également, l'occasion d'examiner la conséquence sur les poursuites de la non-dénonciation, par l'administration fiscale, d'infractions similaires commises par d'autres contribuables (41). Le demandeur soulevait l'irrecevabilité des poursuites en invoquant la violation de l'article 29 du Code d'instruction criminelle, de l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (42). La Cour a jugé que « l'inobservation de l'article 29 du Code d'instruction criminelle n'a pas pour effet de rendre irrecevable l'exercice de l'action publique du chef de faits similaires ou identiques à charge d'autres inculpés, et qu'en outre, « un procès équitable au sens des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne requiert pas que toutes les personnes pouvant être impliquées dans une affaire pénale soient entendues ou fassent l'objet de poursuites ».

V. — LA RECHERCHE ET LA POURSUITE DES INFRACTIONS FACE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Lors d'un récent colloque sur le ministère public, Francis Delpérée s'interrogeait sur la compatibilité de l'exercice actuel des fonctions de recherche et de poursuite des infractions au regard du principe d'égalité. Il notait, en substance, que « le principe de l'égalité des citoyens devant la loi ne requiert-il pas dans un petit pays, que ceux qui se définissent comme des agents de la loi veillent à coordonner au mieux leurs interventions et à assurer l'unité de la politique criminelle ? L'observation valait dans le cadre d'un Etat unitaire. N'a-t-elle pas encore plus de prix dans un Etat fédéral » (43) ?

On trouve, ces dernières années, des réflexions similaires chez plusieurs auteurs. Philippe Traest parle d'un sentiment de traitement inégal que peut produire la pratique actuelle du classement sans suite (44). Henri Bosly se demande si l'égalité des citoyens devant la loi pénale est encore assurée,

(41) Cass., 4 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 837.

(42) Les faits sont antérieurs à 1986 et à la modification de l'art. 29 du Code d'instruction criminelle qui subordonne désormais la dénonciation d'infractions en matière fiscale à l'autorisation préalable du directeur régional des contributions.

(43) F. DELPÉRÉE, « Le ministère public et les assemblées législatives, fédérales, communautaires et régionales », in *Un ministère public pour son temps*, op. cit., p. 199.

(44) Ph. TRAEST, « Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel », *R.W.*, 1993-1994, p. 1200.

étant donné l'usage discrétionnaire du pouvoir de classement sans suite (45). Johan Vande Lanotte, de son côté, estime que l'absence de politique nationale coordonnée en la matière soulève de nombreux doutes quant à la compatibilité de la pratique actuelle avec le principe d'égalité (46). On retrouve, chez Chris Van Den Wijngaert et Alain de Nauw, des réflexions similaires, même si ces auteurs doutent que le principe puisse avoir un caractère opérationnel compte tenu de l'absence de règles objectives gouvernant la matière (47).

D'autres auteurs, comme André Alen, ne partagent pas cette opinion. Commentant le point de vue de Johan Vande Lanotte, il note : « Al verdient dit standpunt onder moreel oogpunt voorzeker waardering, toch valt niet goed in te zien dat, bij gebreke van algemene richtlijnen inzake seponering, onder juridisch oogpunt het gelijkheidsbeginsel zou geschonden zijn ; wat meer is, de desbettefende situaties zullen meestal niet vergelijkbaar zijn, in welk geval er van schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake kan zijn » (48). Il ajoute que les procédures permettant à d'autres acteurs de mettre l'action publique en mouvement forment des garanties suffisantes contre des classements sans suite non-fondés (49).

Avec Chris Van Den Wijngaert, nous pensons que l'absence de règles objectives en matières de recherche et de poursuite des infractions enlève au principe d'égalité son opérationnalité juridique. De *lege ferenda*, il est, toutefois, permis de s'interroger sur l'opportunité de disposer de telles dispositions. En effet, pour qu'elles puissent servir de base à un contrôle de l'égalité, il conviendra, non seulement qu'elles fassent l'objet d'une publicité satisfaisante, mais qu'elles soient, également, suffisamment précises. Or, on peut se demander si de tels impératifs sont compatibles avec la matière considérée. Et c'est ici qu'intervient, à notre sens, une confusion entre le principe juridique de l'égalité et la notion de politique criminelle. Celle-ci implique la détermination de priorités, évaluées régulièrement et, le cas échéant, réorientées en fonction de nouveaux objectifs. Il s'agit, avant tout, d'un principe de fonctionnement et de gestion d'une organisation qui doit utiliser au mieux des ressources limitées, mais certainement pas d'une norme juridique sur base de laquelle le principe d'égalité pourrait faire l'objet d'une vérification.

(45) H. BOSLY, *Eléments de procédure pénale*, Académia-Bruylant, 1993, p. 40.

(46) J. VANDE LANOTTE, « Bedenkingen bij de 'onafhankelijkheid' van het openbaar ministerie », *R. W.*, 1990-1991, p. 1011.

(47) CH. VAN DEN WIJNGAERT, *op. cit.*, pp. 1188 et s. ; A. DE NAUW, « Un ministère public pour son temps — Een eigentijds openbaar ministerie », in *Un ministère public pour son temps*, *op. cit.*, p. 373.

(48) A. ALEN, « Het openbaar ministerie en de federale regering, de gemeenschaps- en gewestregering », in *Un ministère public pour son temps*, *op. cit.*, p. 219.

(49) *Ibid.*, p. 219.

Une gestion efficace de l'appareil judiciaire, pénal en particulier, nécessite une politique en raison de la masse des incriminations et de l'importance du contentieux. Mais celle-ci ne nous paraît pas transposable sous une forme juridique. D'une part, parce que l'évolution de la criminalité exige une approche dynamique susceptible d'être constamment revue. Or, une norme juridique doit avoir un certain caractère de stabilité. D'autre part, la diversité des incriminations et des situations — personnelles et/ou géographiques — nous paraît difficilement compatible avec l'adoption de principes détaillés en matière de poursuite et de recherche au risque, sinon, de rendre impossible une réelle politique. Enfin, en ce qui concerne plus particulièrement la recherche des infractions, il ne paraît pas opportun qu'une politique en la matière fasse systématiquement l'objet d'une large publicité.

Certes, un sentiment d'injustice peut naître chez le prévenu poursuivi pour des faits majoritairement classés sans suite. Néanmoins, nous ne pensons pas que le remède consisterait, dans ce cas, à permettre au juge de déclarer les poursuites irrecevables. Ce faisant, il y aurait, comme le relève Alain De Nauw, rupture avec le principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement (50). Nous pensons que la sanction ne peut résider qu'au niveau de la peine comminée à l'instar de ce qui se passe en matière de dépassement du délai raisonnable. En effet, si la poursuite a un caractère marginal, la sanction ne peut être que symbolique.

Si le principe d'égalité ne nous paraît pas, juridiquement, opérationnalisable en matière de recherche et de poursuite des infractions, au même titre que la politique criminelle ne saurait constituer un critère d'évaluation de celui-ci, cette dernière n'en est pas moins indispensable si l'on veut aboutir à une meilleure maîtrise du contentieux pénal. Personne ne le conteste plus aujourd'hui. Il sort du cadre restreint de cette contribution d'entamer une réflexion sur son lieu et sa forme. Indépendamment de cette question, la politique criminelle devrait, selon nous, s'articuler autour de trois principes directeurs : la souplesse, l'implication coordonnée de tous les acteurs et la déconcentration.

La souplesse implique une adaptation constante à des réalités en permanente évolution et la disponibilité d'instruments d'évaluation et d'analyse. La mise en place d'un conseiller à la politique criminelle et la création d'une section « criminologie » au sein de l'Institut national de criminalistique et de

(50) A. DE NAUW, *op. cit.*, p. 374. L'auteur note, cependant, qu'indirectement, par le biais de l'erreur invincible ou de rejet de certains moyens de preuves, les cours et tribunaux exercent un contrôle de la recevabilité de l'action publique.

criminologie peut laisser espérer que de tels instruments seront désormais utilisés (51).

L'implication coordonnée de tous les acteurs suppose la définition, à chaque stade du processus pénal — recherche, poursuite, exécution — de priorités et leur intégration mutuelle. Le système pénal fonctionne, en effet, comme une chaîne où l'amont et l'aval interagissent. Il convient, par conséquent, que les politiques menées à chaque niveau ne se neutralisent pas réciproquement. L'implication des différents acteurs suppose, aussi, que l'on repense certains modes de fonctionnement, et notamment que l'on réfléchisse à une certaine « délocalisation » du classement sans suite vers les services de police. La situation actuelle ne nous paraît satisfaisante, ni pour public qui, à défaut de pouvoir mobiliser les ressources utiles, peut se voir refuser l'accès au système pénal, ni pour le parquet qui reste dans l'ignorance d'un certain nombre de faits, ni pour les fonctionnaires de police qui peuvent estimer, à bon droit, préférable de gérer autrement certaines situations, mais ne peuvent le faire sans risquer de s'exposer à des sanctions disciplinaires. Nous pensons que l'on gagnerait en transparence si l'on reconnaissait aux fonctionnaires de police un pouvoir d'appréciation encadré et contrôlé (52). En revanche, et sous réserve d'une clarification légale de la fonction de police judiciaire, il nous paraît indispensable qu'une politique de recherche soit arrêtée, en concertation avec les services de police mais non uniquement à leur niveau. Il s'agit de choix essentiels dans des matières souvent délicates qui ne peuvent être laissés à la seule appréciation des corps de police.

Si une coordination, au sein du système pénal, est indispensable, elle s'impose également à l'extérieur de celui-ci entre les fonctions préventives et répressives. Il convient, là aussi, de rechercher une harmonisation des différentes approches. La mise en place, par la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, de la concertation pentagonale constitue un pas important en ce sens (53).

(51) A.R. du 14 janvier 1994 créant un service de politique criminelle, *Mon. b.*, pp. 5240-5241 ; art. 2, § 6, de l'A.R. du 29 novembre 1994 modifiant l'A.R. du 5 novembre 1971 portant création et érection en établissement scientifique de l'Etat de l'Institut national de criminalistique et de l'arrêté royal du 9 décembre 1992 portant restructuration de l'école de criminologie et de police scientifique en raison de leur intégration dans l'Institut national de criminalistique, *Mon. b.*, 1994, pp. 31768-31769.

(52) Voy. dans le même sens L. DE WILDE, « Beschouwingen over het beleid in het strafproces », *Panopticon*, 1980, pp. 9-10. En revanche, dans l'enquête réalisée par la commission pour le droit de la procédure pénale, 27 % seulement des personnes interrogées étaient favorables à reconnaître un pouvoir d'appréciation au fonctionnaire de police (COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCÉDURE PÉNALE, *op. cit.*, p. 153).

(53) Sur la concertation pentagonale, on consultera G. BOURDOUX et Ch. DE VALKENEER, *op. cit.*, pp. 73 et s.

Enfin, la politique criminelle doit être adaptée aux particularités locales et exige donc une déconcentration suffisante tout en évitant l'écueil de la parcellisation.