Le régime du privilège de juridiction des magistrats dans la tourmente

Par

Marie-Aude Beernaert

Professeure ordinaire à l'Université catholique de Louvain
Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité (CRIDEP)

Les articles 479 à 503*bis* du Code d'instruction criminelle organisent, au bénéfice des magistrats et de quelques autres titulaires de fonctions publiques, un régime spécifique de poursuite et de jugement qui déroge à plusieurs égards aux règles de droit commun de la procédure pénale (I).

Depuis 25 ans, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur de nombreux aspects de ce régime. Pendant longtemps, elle a systématiquement jugé qu'il respectait la Constitution et en particulier les principes d'égalité et de non-discrimination que celle-ci consacre (II).

Plus récemment, la Cour constitutionnelle a par contre constaté l'inconstitutionnalité de pans entiers du régime de poursuite des magistrats (III), relançant par là même un débat sur les nécessaires réformes à y apporter (IV).

I. PRINCIPALES SPÉCIFICITÉS DU RÉGIME

Une première spécificité du régime applicable aux magistrats tient dans le « privilège de juridiction » qui leur est réservé. Celui-ci leur vaut d'être jugés en première et dernière instance en cour d'appel pour les

délits ou les crimes correctionnalisés (1) qu'ils auraient commis, que ce soit hors ou dans l'exercice de leurs fonctions (art. 479 et 483 C.i.cr.).

Ce privilège de juridiction est couplé à un monopole de poursuites confié au procureur général, qui décide souverainement de poursuivre ou non les personnes auxquelles le régime s'applique (art. 479 et 483 C.i.cr.). En l'absence d'initiative du ministère public, la victime n'a dès lors pas la possibilité de mettre l'action publique en mouvement, ni en se constituant partie civile entre les mains du magistrat instructeur, ni en citant directement le prévenu devant la juridiction de jugement.

Troisième spécificité : si une instruction s'avère nécessaire, la mise à l'instruction se fait par un réquisitoire adressé par le procureur général au premier président de la cour d'appel, lequel peut instruire lui-même ou désigner à cet effet un conseiller à la cour d'appel ou un juge du tribunal de première instance de son ressort (art. 480 et 484 C.i.cr.) (2). Dans le cadre de cette procédure, il est généralement admis que la chambre des mises en accusation est sans compétence pour exercer un contrôle de l'instruction en application de l'article 136 du Code d'instruction criminelle ou pour statuer comme instance de recours contre une décision du magistrat instructeur, celui-ci n'étant tenu de se justifier qu'au premier président et au procureur général (3).

Par ailleurs, une fois l'instruction terminée, seul le procureur général décide, en principe sans l'intervention d'une juridiction d'instruction, des suites à réserver à la procédure. Il peut, à ce stade encore, décider de classer le dossier sans suite, de proposer une transaction ou une médiation, ou de citer – le cas échéant avec admission de circonstances atténuantes (4) – devant la cour d'appel (art. 479 et 483 C.i.cr.). Ce n'est que dans l'hypothèse où le procureur général estime que l'affaire doit être renvoyée devant la Cour d'assises qu'il doit, conformément au droit commun, demander le règlement de la procédure par la chambre des mises en accusation (art. 217 et s. C.i.cr.).

(1) Si le crime n'est pas correctionnalisable ou pas correctionnalisé, les magistrats seront par contre jugés par la Cour d'assises.

(2) Durant l'instruction, le magistrat instructeur pourrait placer la personne protégée sous mandat d'arrêt, étant entendu, toutefois, que le contrôle sur la détention préventive tel que prévu par la loi du 20 juillet 1990 relèvera alors de la compétence exclusive de la chambre des mises en accusation, statuant en premier et dernier ressort.

(3) Cass., 4 décembre 2007, RG P.07.0813.N, *Pas.*, 2007, n° 608 ; Cass., 4 décembre 2007, RG P.07.1163.N, *Pas.*, 2007, n° 611.

(4) Cass., 24 septembre 2013, RG P.13.0317.N, *Pas.*, 2013, n° 475.

À ces règles générales, il faut encore ajouter les spécificités propres aux poursuites dirigées contre des magistrats de cour d'appel (5). Pour éviter qu'ils ne soient jugés par la cour même à laquelle ils appartiennent, les magistrats près des cours d'appel (siège ou parquet) jouissent en effet de garanties additionnelles (lorsqu'ils sont poursuivis pour des délits ou pour des crimes commis hors de l'exercice de leurs fonctions), voire même d'un régime tout à fait particulier (lorsqu'ils sont poursuivis pour des crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions).

Dans le premier cas, le Code d'instruction criminelle organise un filtre supplémentaire sous la forme d'une procédure de renvoi par la Cour de cassation (art. 481 et 482 C.i.cr.). Si le procureur général près la cour d'appel estime devoir mettre en mouvement l'action publique, la Cour de cassation sera saisie à l'intervention du ministre de la Justice et pourra décider, soit qu'il n'y a pas lieu à poursuivre à charge dudit magistrat compte tenu de l'absence d'infraction ou de charges suffisantes (6), soit qu'il convient de renvoyer l'affaire vers une autre cour d'appel que celle où le magistrat mis en cause exerce ses fonctions. Le renvoi pourra alors se faire, selon les cas : directement à la première chambre de cette autre cour d'appel pour que l'intéressé y soit jugé ; au premier président de la cour d'appel afin qu'il désigne un magistrat qui exercera les fonctions de magistrat instructeur ; ou encore devant la chambre des mises en accusation de la cour d'appel si l'affaire doit être renvoyée en Cour d'assises.

Dans l'hypothèse, par contre, où l'infraction dont le magistrat de cour d'appel est soupçonné est un crime commis dans l'exercice de ses fonctions, les articles 485 à 501 du Code d'instruction criminelle organisent une procédure tout à fait particulière : l'instruction est alors menée au sein de la Cour de cassation elle-même, par un conseiller désigné par le premier président (art. 487 C.i.cr.) et elle se termine par un règlement de procédure devant la deuxième chambre de la Cour (art. 491 C.i.cr.) qui pourra prononcer un non-lieu (7) ou un renvoi devant une autre cour d'appel ou transmettre le dossier à la première chambre de la cour pour

(5) Pour l'application de ces garanties supplémentaires, une cour du travail est considérée comme une cour d'appel (Cass., 26 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 924). Les garanties supplémentaires attachées à la qualité de membre d'une juridiction d'appel ne sont par contre pas applicables aux magistrats de cassation (J. DE CODT, « Poursuite contre les magistrats », in *Statut et déontologie du magistrat*, Bruxelles, La Charte, 2000, pp. 158-160, n° 30), pas plus qu'aux membres de la Cour constitutionnelle, de la Cour des comptes et du Conseil d'État ou aux gouverneurs de Province (circ. 3/2012 Collège des Procureurs généraux 24 mai 2012 concernant le privilège de juridiction, p. 16).

(6) Cass., 5 février 2002, RG P.02.0039.N, *Pas.*, 2002, n° 88.

(7) Cass., 27 juin 2007, RG P.05.1685.F, *Pas.*, 2007, n° 360.

qu'elle prononce la mise en accusation et renvoie l'intéressé en assises (art. 492 C.i.cr.).

Au terme de ce rapide passage en revue des spécificités du régime qui leur est réservé, on constate que les magistrats se voient traiter fort différemment des autres justiciables poursuivis en matière pénale. Le régime du privilège de juridiction comporte un certain nombre de dérogations substantielles par rapport aux règles ordinaires de la procédure pénale, ce qui ne pouvait manquer de susciter des questions à la Cour constitutionnelle.

II. LABEL DE CONSTITUTIONNALITÉ ORIGINELLEMENT DONNÉ PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Au fil de plusieurs arrêts prononcés entre 1994 et 2011, la Cour a d'abord systématiquement validé les aspects du régime qui étaient dénoncés devant elle.

Dans chacun de ces arrêts, elle a chaque fois commencé par revenir sur la *ratio legis* du privilège de juridiction. Comme elle le rappelle, « les règles spécifiques que le privilège de juridiction comporte en matière d'instruction, de poursuite et de jugement tendent à éviter, d'une part, que des poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires soient intentées à l'encontre des personnes auxquelles ce régime est applicable et, d'autre part, que ces mêmes personnes soient traitées avec trop de sévérité ou trop de clémence ». Et, à son estime, « l'ensemble de ces motifs peut raisonnablement justifier que les personnes auxquelles s'applique le privilège de juridiction soient, en matière d'instruction, de poursuite et de jugement, traitées différemment des justiciables auxquels s'appliquent les règles ordinaires de la procédure pénale » (8).

La Cour a ensuite examiné de plus près différentes caractéristiques du régime du privilège de juridiction.

(8) C.A., 14 juillet 1994, n° 66/94, B.2 ; C.A., 7 novembre 1996, n° 60/96, B.3 ; C.A., 4 novembre 1998, n° 112/98, B.3 ; C.A., 18 novembre 1998, n° 117/98, B.4 ; C. const., 11 mars 2009, n° 44/2009, B.4.1 ; C. const., 27 juillet 2011, n° 134/2011, B.5.1.

A. Champ d'application *rationae materiae*

Dans un premier arrêt, daté du 14 juillet 1994, la Cour constitutionnelle (à l'époque encore Cour d'arbitrage) s'est prononcée sur le champ d'application *rationae materiae* du régime du privilège de juridiction. Elle a jugé non discriminatoire le fait que le régime ne soit pas applicable aux contraventions, mais bien à tous les délits, en ce compris ceux qui relèvent normalement de la compétence du tribunal de police. Le législateur peut en effet « réserver l'application du privilège de juridiction aux poursuites relatives aux infractions qu'il juge d'une gravité suffisante » et « la classification légale des infractions qui résulte de l'importance des peines applicables à celles-ci constitue – quel que soit le tribunal compétent pour le jugement – un critère objectif et adéquat pour apprécier si le privilège de juridiction doit s'appliquer » (9).

B. Champ d'application *rationae personae*

La Cour s'est également prononcée à diverses reprises sur le champ d'application *rationae personae* du régime du privilège de juridiction. Rappelons que les personnes qui en bénéficient sont énumérées aux articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle et que cette liste comprend, outre les différents magistrats du siège et du parquet, les référendaires près la Cour de cassation, les membres de la Cour des comptes, les membres du Conseil d'état, de l'auditorat ou du bureau de coordination près le Conseil d'état, les membres de la Cour constitutionnelle et référendaires près cette Cour, les membres du Conseil du contentieux des étrangers et les gouverneurs de Province. Bien qu'ils ne soient pas expressément visés par les articles 479 et 483, il est admis que le privilège de juridiction est également applicable aux magistrats suppléants (10), mais il ne s'applique par contre pas aux greffiers, aux juges sociaux ou consulaires et aux stagiaires judiciaires.

Dans un arrêt du 18 novembre 1998, la Cour a jugé que le choix du législateur de rendre le régime applicable aux auditeurs du Conseil d'État n'apparaissait pas injustifié, compte tenu de l'étroite implication des auditeurs dans l'administration de la justice. « Bien qu'ils ne soient pas habilités

(9) C.A., 14 juillet 1994, n° 66/94, B.4.

(10) Cass., 7 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 722 ; Cass., 29 novembre 2011, RG P.10.1766.N, *Pas.*, 2011, n° 650 ; Cass., 12 mars 2013, RG P.13.0277.N, *Pas.*, 2013, n° 174.

à trancher des litiges, ils participent directement à l'instruction des affaires du Conseil d'État. Le législateur a dès lors pu considérer que leur fonction présentait suffisamment de similitudes avec celles des membres de l'ordre judiciaire pour qu'ils soient soumis au même régime en matière de privilège de juridiction »(11).

Quelques mois plus tard, elle a validé le fait que le privilège de juridiction ne s'applique pas aux conseillers sociaux. Dès lors que les « conseillers sociaux exercent, à titre principal, une profession qui est étrangère à l'administration de la justice », la Cour constitutionnelle a jugé qu'il n'était pas déraisonnable de les avoir exclus du privilège de juridiction. À son estime, il existe entre les conseilleurs à la cour du travail et les conseillers sociaux des différences telles qu'elles justifient qu'ils soient traités différemment quant au privilège de juridiction(12).

La Cour a également jugé non discriminatoire la différence de traitement établie entre les juges de paix suppléants (qui bénéficient du privilège de juridiction) et les conseillers sociaux ou juges consulaires (qui n'en bénéficient pas). À son estime, « les règles relatives au mode de recrutement et à la durée des fonctions ainsi que la nature et l'étendue des activités professionnelles étrangères à l'administration de la justice que peuvent exercer, d'une part, le conseiller social et le juge consulaire et, d'autre part, le juge de paix suppléant sont si différentes qu'elles justifient que seul ce dernier bénéficie du privilège de juridiction »(13).

Dans le même arrêt, elle a aussi admis que le régime du privilège de juridiction soit applicable au juge admis à la retraite parce qu'il a atteint la limite d'âge, mais non à celui qui est admis à la retraite en raison d'une infirmité grave et permanente. Cette différence de traitement lui est en effet apparue justifiée dès lors que seul le premier continue à faire partie du pouvoir judiciaire et reste investi de ses fonctions(14).

Enfin, à plusieurs reprises, la Cour a validé l'application, par effet de la connexité, du régime du privilège de juridiction à des justiciables non visés à l'article 479 du Code d'instruction criminelle mais qui sont poursuivis en même temps qu'une autre personne ayant une des qualités protégées. Même si ces justiciables se retrouvent traités différemment des autres justiciables « ordinaires » (et en particulier privés du droit à un

(11) C.A., 18 novembre 1998, n° 117/98, B.8.
(12) C. const., 11 mars 2009, n° 44/2009, B.7 et B.8.
(13) C. const., 27 juillet 2011, n° 134/2011, B.7.
(14) C. const., 27 juillet 2011, n° 134/2011, B.14.

double degré de juridiction), cette différence de traitement lui est apparue raisonnablement justifiée : « la nécessité d'une bonne administration de la justice » commande en effet « l'organisation d'un procès unique et complet, qui assure une cohérence dans l'appréciation des faits et des responsabilités » ; d'autant que « les droits de la défense tant des personnes mentionnées à l'article 479 que des autres personnes poursuivies pour les mêmes faits pourraient être méconnus si des prévenus devaient se défendre devant une juridiction alors qu'une autre juridiction aurait déjà statué sur la réalité, l'imputabilité et la qualification pénale des faits qui leur sont reprochés »(15).

C. Privation du double degré de juridiction

La Cour a également eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur la privation du droit à un double degré de juridiction qui résulte du fait que les magistrats (et les autres justiciables poursuivis selon les mêmes règles par effet de la connexité) sont jugés en première et dernière instance à la cour d'appel. Cette différence de traitement lui est apparue acceptable, le législateur ayant pu estimer « qu'être jugé par des cours qui se situent au sommet des juridictions de fond et, de surcroît, par un siège nécessairement composé de trois magistrats constituait pour les personnes exerçant les fonctions mentionnées à l'article 479, une garantie suffisante »(16).

D. Impossibilité pour la victime de mettre l'action publique en mouvement

Dans un arrêt du 4 novembre 1998, la Cour s'est penchée sur un dernier aspect du régime du privilège de juridiction : celui qui résulte de la privation, dans le chef des victimes d'un crime ou délit commis par une personne bénéficiant du privilège, de la possibilité de mettre l'action publique en mouvement.

Une fois de plus, la différence de traitement ainsi établie lui est apparue non discriminatoire. Au vu des objectifs assignés au régime du privilège de juridiction, il n'est en effet « pas manifestement déraisonnable d'avoir réservé l'exclusivité de la compétence d'introduire les poursuites

(15) C.A., 7 novembre 1996, n° 60/96, B.8 ; C.A., 11 février 1998, n° 13/98, B.2.2.
(16) C.A., 7 novembre 1996, n° 60/96, B.5 et C.A., 18 novembre 1998, n° 117/98, B.7.

contre ces personnes au procureur général près la cour d'appel, sans permettre l'exercice direct de poursuites, qui peuvent revêtir un caractère téméraire ou malveillant, par la personne s'estimant lésée par l'infraction ». Cela ne limite en outre « pas de manière excessive les droits de la personne qui se prétend lésée : celle-ci, qui ne peut poursuivre qu'un intérêt privé même lorsqu'elle met l'action publique en mouvement, a la faculté de porter une demande en réparation devant le juge civil, sans compter qu'elle peut dénoncer l'infraction, afin qu'une initiative puisse être prise par le ministre de la Justice (art. 482 et 486 C.i.cr.) ou par la cour d'appel (art. 443 C. jud.) »(17).

III. REMISE EN CAUSE PLUS RÉCENTE DE CERTAINS ASPECTS DU RÉGIME

Par trois arrêts récents, prononcés en 2016 et 2018, la Cour constitutionnelle va, pour la première fois, relever des aspects inconstitutionnels dans le régime de poursuites applicable aux magistrats(18).

A. Arrêt 131/2016 du 20 octobre 2016 : la Cour déclare inconstitutionnelle l'absence de règlement de procédure pour les magistrats de cour d'appel poursuivis du chef d'infractions commises hors de l'exercice de leurs fonctions

Dans la première affaire, c'est un conseiller suppléant à la cour d'appel de Liège qui était en cause. Étant poursuivi pour des infractions commises en dehors de l'exercice de ses fonctions, il s'était vu appliquer la procédure organisée par les articles 481 et 482 du Code d'instruction criminelle : saisie sur dénonciation du ministre de la Justice, la Cour de cassation avait renvoyé la cause au premier président de la cour d'appel de Bruxelles pour qu'il désigne un magistrat chargé d'exercer les fonctions de juge d'instruction. Et à l'issue de cette instruction, le dossier avait été communiqué au procureur général près la cour d'appel de Bruxelles qui avait décidé de citer les intéressés en jugement devant la Cour.

(17) C.A., 4 novembre 1998, n° 112/98, B.5.1 et B.5.2.

(18) Sur cette jurisprudence récente, voy. T. De Coster, « Controle op en afsluiting van het gerechtelijk onderzoek inzake voorrecht van rechtsmacht: recente ontwikkelingen », *R.W.*, 2018-2019, pp. 442-452.

Ainsi saisie du dossier, la cour d'appel de Bruxelles avait toutefois accepté de poser deux questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle, portant sur le fait que les intéressés avaient été privés de l'intervention d'une juridiction d'instruction, tant durant l'instruction, afin de contrôler la régularité de la procédure et de statuer comme instance de recours sur les décisions du magistrat instructeur, qu'à l'issue de l'instruction, afin de régler la procédure.

Dans les deux cas, la discrimination dénoncée procédait d'une comparaison avec le régime de poursuites applicable aux ministres fédéraux et membres des gouvernements de communauté ou de région, qui sont également jugés en première et dernière instance devant la cour d'appel, mais qui bénéficient, quant à eux, de possibilités de recours devant la chambre des mises en accusation durant l'instruction et d'un règlement de procédure devant la même juridiction à l'issue de l'instruction (art. 6, 9 et 16 L. ordinaire et spéciale 25 juin 1998).

Même si elle a admis que, « dans la logique du système établi, qui ne prévoit pas de possibilité de recours contre la décision rendue par la cour d'appel, il n'est pas sans justification raisonnable que le législateur n'ait pas davantage prévu une possibilité de recours contre les décisions rendues par le magistrat désigné en tant que juge d'instruction sur des requêtes qui lui sont présentées », la Cour constitutionnelle a par contre jugé discriminatoire l'absence d'intervention, au terme de l'instruction, « d'un organe juridictionnel qui procède, dans le cadre d'une procédure contradictoire, au règlement de la procédure et examine ce faisant si les charges sont suffisantes et si la procédure est régulière ».

Elle a toutefois jugé qu'il était en l'occurrence possible de proposer des articles 479 à 482*bis* du Code d'instruction criminelle une interprétation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, en considérant qu'au terme de l'instruction requise par la Cour de cassation, le dossier doit lui être renvoyé pour qu'elle procède à un règlement de procédure contradictoire.

Jusqu'alors, la Cour de cassation considérait au contraire qu'il n'était pas nécessaire de lui renvoyer la cause une fois terminée l'instruction à charge d'un magistrat de cour d'appel, à moins que le procureur général de renvoi ne veuille poursuivre l'intéressé pour d'autres faits, étrangers à l'arrêt de renvoi initial(19). Mais dans l'interprétation conciliante mise en

(19) Cass., 17 janvier 2001, R.G. P.00.1697.F, *Pas.*, 2001, n° 30 avec concl. Premier Av. gén. J.-F. Leclercq.

avant par la Cour constitutionnelle, il convient dorénavant que, dans tous les cas et même s'il n'y a pas de nouveaux faits visés, l'affaire soit renvoyée à la Cour de cassation au terme de l'instruction requise, pour que celle-ci procède dans le cadre d'une procédure contradictoire au règlement de la procédure et examine, à cette occasion, si les charges sont suffisantes et si la procédure est régulière.

De lege feranda, on peut toutefois se demander s'il est vraiment indiqué de confier de la sorte à la Cour de cassation – qui ne connaît normalement pas du fond des litiges – la compétence de régler la procédure au terme de l'instruction. Dans son rapport 2017 au comité parlementaire de suivi législatif, le procureur général près la Cour de cassation en doutait, soulignant aussi que « l'intervention de la Cour de cassation lors du règlement de la procédure peut poser, en cas de pourvoi en cassation ultérieur, des difficultés quant à la composition du siège, les membres ayant siégé lors du règlement de la procédure ne pouvant connaître à nouveau de la cause en tant que juge de cassation ». Il proposait dès lors d'instaurer plutôt un règlement de la procédure par la chambre des mises en accusation calqué sur celui applicable en droit commun (art. 127 C.i.cr.) comme à l'égard des ministres (art. 8, 9 et 16 L. 25 juin 1998)(20).

B. Arrêt 9/2018 du 1er février 2018 : la Cour déclare inconstitutionnelle l'absence d'intervention d'une juridiction susceptible de contrôler l'instruction menée à l'encontre de magistrats de première instance durant le cours de celle-ci

La deuxième affaire concernait un juge au tribunal de première instance de Namur qui faisait l'objet d'une instruction confiée à un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel de Liège. Le juge mis en cause s'était adressé à ce magistrat instructeur pour solliciter l'accès au dossier, l'accomplissement de devoirs complémentaires ou encore la levée d'une saisie, mais ayant chaque fois essuyé un refus, il avait interjeté appel devant la chambre des mises en accusation, à laquelle il demandait en outre de procéder au contrôle de la régularité de l'instruction. La chambre des mises en accusation de Liège s'était à son tour adressée à la Cour constitutionnelle pour s'enquérir de la constitutionnalité d'un système qui prive le magistrat poursuivi de telles possibilités de contrôle

(20) Cour de cassation, *Rapport annuel 2017*, pp. 135-136.

durant l'instruction menée à son égard. Une fois encore, la comparaison était faite avec la situation des ministres fédéraux et des membres des gouvernements communautaires ou régionaux qui, sur pied de l'article 6 des lois du 25 juin 1998, peuvent interjeter appel devant la chambre des mises en accusation à l'encontre des décisions rendues par le magistrat instructeur sur les requêtes qu'ils lui présentent et peuvent faire contrôler par la chambre des mises en accusation la régularité de l'instruction menée à leur égard.

La Cour va rappeler son enseignement de l'arrêt 131/2016 et admettre à nouveau que, « dans la logique du système établi, qui ne prévoit pas de possibilité de recours contre la décision rendue par la cour d'appel, il n'est pas sans justification raisonnable que le législateur n'ait pas davantage prévu une possibilité de recours contre les décisions rendues par le magistrat désigné en tant que juge d'instruction sur des requêtes qui lui sont présentées », à condition toutefois que suffisamment de garanties soient offertes aux magistrats concernés pour respecter leurs droits de la défense. Or, sur ce plan-là, les magistrats de première instance sont moins bien lotis que les magistrats de cour d'appel poursuivis pour des délits ou pour des crimes commis hors de l'exercice de leurs fonctions, puisqu'au terme de l'instruction, il n'y a pas, dans leur cas, d'intervention d'une juridiction qui procède à un règlement de procédure contradictoire et examine ce faisant si les charges sont suffisantes et si la procédure est régulière, comme c'est le cas – dans l'interprétation conciliante proposée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 131/2016 – de la Cour de cassation pour les magistrats des cours d'appel. Étant donné cette absence de règlement de procédure, la Cour constitutionnelle estime que les articles 479 et 480 du Code d'instruction criminelle portent une atteinte disproportionnée aux droits des magistrats concernés en ce qu'ils ne prévoient pas l'intervention d'une juridiction d'instruction afin de contrôler, au cours de l'instruction, la régularité de la procédure et de statuer en tant qu'instance de recours sur les décisions du magistrat désigné en tant que juge d'instruction.

La Cour ajoute toutefois qu'il s'agit en l'espèce d'une lacune constatée en des termes suffisamment précis et complets pour que le juge *a quo* puisse, sans attendre l'intervention du législateur, mettre lui-même fin à la violation en appliquant les règles de droit commun de la procédure pénale.

C. Arrêt 35/2018 du 22 mars 2018 : la Cour déclare inconstitutionnelle l'absence de règlement de procédure pour les magistrats de première instance

La troisième affaire concernait des juges de paix et, par connexité, un greffier, qui avaient été cités par le procureur général près la cour d'appel de Gand devant cette Cour, sans avoir bénéficié d'un règlement de procédure au terme de l'instruction dont ils avaient fait l'objet. La cour d'appel de Gand questionnait la Cour constitutionnelle à cet égard, en comparant leur situation non seulement à celle d'inculpés poursuivis selon la procédure de droit commun ou à celle de ministres fédéraux et membres de gouvernements communautaires et régionaux, mais aussi à celles de magistrats de cours d'appel pour lesquels l'article 482 prévoit une procédure de filtrage, comparable à un règlement de procédure, devant la Cour de cassation.

Sans grande surprise, la Cour va, dans la lignée de ses arrêts précédents, constater que l'absence d'une procédure contradictoire de règlement de procédure permettant d'examiner tout à la fois si les charges sont suffisantes et si la procédure est régulière porte une atteinte disproportionnée aux droits des personnes concernées, et que, dans cette mesure, les articles 479, 483 et 503*bis* du Code d'instruction criminelle ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution (21).

D. Comment combiner les trois arrêts ?

À première vue, il pourrait paraître étonnant que, dans son arrêt 131/2016, la Cour constitutionnelle n'ait, s'agissant des magistrats de cours d'appel, constaté une possible violation des articles 10 et 11 de la Constitution (susceptible en l'occurrence d'être neutralisée moyennant une interprétation conciliante) qu'en raison de l'absence d'un règlement de procédure contradictoire à l'issue de l'instruction, sans juger discriminatoire en tant que telle l'absence d'intervention d'une juridiction d'instruction en cours d'enquête, alors que, dans son arrêt 9/2018, c'est précisément l'absence d'une telle intervention en cours d'instruction qu'elle va

(21) Ultérieurement saisie d'une demande d'interprétation de son arrêt 35/2018, la Cour constitutionnelle va préciser, dans son arrêt 31/2019 du 28 février 2019, que les chambres de mises en accusation peuvent, sans attendre l'intervention du législateur, remédier à la violation consacrée en se déclarant compétentes pour régler la procédure à charge des magistrats visés.

juger inconstitutionnelle, s'agissant cette fois de la procédure applicable aux magistrats de rang inférieur (22).

À y regarder de plus près, pourtant, l'incohérence n'est qu'apparente : dans les deux cas, en effet, la Cour met l'accent sur le fait que c'est uniquement en raison de la présence (ou non) d'un règlement de procédure à l'issue de l'instruction, que l'absence d'intervention possible de la chambre des mises en accusation durant le cours de l'enquête peut être admise (ou pas). Le lien entre les deux constats est très clairement établi, y compris dans le deuxième arrêt où la Cour estime qu'il faudrait qu'une juridiction d'instruction puisse intervenir durant l'enquête afin de contrôler la régularité de la procédure et de statuer comme instance de recours contre les décisions du magistrat instructeur, « étant donné » qu'il n'y a pas de règlement de procédure organisé au terme de l'instruction.

Il nous semble dès lors que si le parquet général fait procéder à un règlement de procédure devant la chambre des mises en accusation à l'issue d'une instruction menée à l'égard d'un magistrat de première instance (23), comme l'y invite l'arrêt 35/2016, l'enseignement de la Cour constitutionnelle n'impose pas nécessairement que la chambre des mises en accusation puisse, en outre, être saisie durant le cours de l'enquête (24).

(22) En ce sens, O. Michiels s'est étonné que la solution retenue à l'égard des magistrats des cours d'appel « diffère de celle retenue à l'égard des magistrats d'instance » (O. Michiels, « Connexité et règlement de la procédure dans les hypothèses de privilège de juridiction », *J.T.*, 2018, p. 397).

(23) Pour une application, voy. : Cass., 21 novembre 2018, RG P.18.0763.F, *Pas.*, 2018, à sa date. Dans cette affaire qui concernait un magistrat de première instance, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt par lequel la chambre des mises en accusation de Liège s'était déclarée compétente pour statuer sur le règlement de la procédure. Pour la Cour, la chambre des mises en accusation avait, ce faisant, veillé à combler la lacune constatée par la Cour constitutionnelle, sans pour autant s'arroger une prérogative qui n'appartient qu'au législateur ni méconnaître l'article 12, alinéa 2, de la Constitution.

(24) Dans le même sens, P. Vanwalleghem écrit : « *In zijn arresten van 1 februari en 22 maart 2018 heeft het Hof vastgesteld dat de klassieke procedurewaarborgen er noch tijdens het gerechtelijk onderzoek, noch op het einde van het gerechtelijk onderzoek waren. Dat leidt volgens het Hof tot een onevenredige behandeling van de eerstelijnsrechters. Daarmee heeft het Hof niet gezegd dat die waarborgen er zowel tijdens het gerechtelijk onderzoek als op het einde van het gerechtelijk onderzoek moeten zijn. Neen, want het was net omdat er geen regeling van de rechtspleging was, dat het Hof in zijn arrest van februari stelde dat de procedure voorrecht van rechtsmacht voor magistraten van eerste aanleg onevenredig afbreuk doet aan hun rechten tijdens het gerechtelijk onderzoek* » (« Voorrecht van rechtsmacht: ook procedurewaarborgen nodig op einde onderzoek », *Juristenkrant*, 2018, n° 369, p. 2).

E. Pièce manquante du puzzle : le régime applicable aux magistrats de cours d'appel poursuivis pour des crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions

Par ses arrêts 131/2016, 9/2018 et 35/2018, la Cour a statué sur la plupart des régimes de poursuite organisés par le Code d'instruction criminelle à l'égard des magistrats, qu'il s'agisse de magistrats de cours d'appel ou de rang inférieur. En ce qui concerne les premiers, on rappellera toutefois qu'il existe un régime tout à fait dérogatoire lorsqu'ils sont poursuivis pour des crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. La procédure – sur laquelle la Cour constitutionnelle n'a pas eu l'occasion de se prononcer – prévoit alors l'instruction par un conseiller à la Cour de cassation suivie d'un règlement de procédure devant la deuxième chambre de la Cour. Pour autant que cette procédure soit menée contradictoirement et permette d'apprécier tant le caractère suffisant des charges que la régularité de la procédure menée, il nous semble qu'elle devrait trouver grâce aux yeux de la Cour constitutionnelle.

IV. QUEL AVENIR POUR LE RÉGIME DU PRIVILÈGE DE JURIDICTION DES MAGISTRATS ?

Malgré une remise en cause partielle du régime du privilège de juridiction, la Cour constitutionnelle ne condamne à l'évidence pas l'existence même de celui-ci. Tout au plus oblige-t-elle à y apporter certains aménagements pour garantir davantage les droits des personnes mises en cause, en particulier en leur permettant de bénéficier d'un règlement de procédure contradictoire à l'issue de l'instruction menée à leur encontre. Il n'en demeure pas moins que les récents arrêts de la Cour constitutionnelle et les adaptations qu'ils commandent offrent sans doute l'occasion de repenser en profondeur le régime de poursuites à charge des magistrats.

Diverses pistes de réforme, plus ou moins radicales, peuvent être envisagées en la matière. Parmi celles-ci, certains points paraissent faire consensus.

Ainsi, personne ne paraît défendre l'idée qu'il faille abolir le monopole de poursuites confié en la matière au parquet (25). Si l'on veut mettre les

(25) Tant le Conseil supérieur de la justice (dans son rapport d'enquête particulière sur « le privilège de juridiction dans le cadre du dossier Jonathan Jacob », adopté en mars 2015), que le procureur général près la Cour de cassation (dans le projet qu'il a transmis à l'automne 2018 à la cellule stratégique du ministre de la Justice) préconisent au contraire de maintenir cet obstacle au déclenchement de l'action publique par la victime. Le Premier Président de Codt défendait également la même option dans son étude parue en 2010 (J. de Codt, « Poursuites contre les magistrats », *op. cit.*, p. 171, n° 58).

magistrats à l'abri de plaintes téméraires ou vexatoires de la part des justiciables qu'ils doivent juger ou ont jugés, il reste justifié que la personne qui se prétend victime ne puisse pas elle-même déclencher l'action publique.

Il faudrait par contre – et ce point ne paraît pas non plus faire véritablement débat – réviser la liste des personnes protégées, en la limitant « à ceux qui sont en charge, de façon effective et permanente, de l'administration de la justice » (26). On pourrait ainsi imaginer en retirer les référendaires près la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, les gouverneurs de provinces, les magistrats admis à la retraite (à l'exception des actes commis alors qu'ils exercent encore des fonctions en application des articles 383 et 383*bis* du Code judiciaire), ainsi que les juges et conseillers suppléants (27).

Il semble également acquis que la dualité de régimes actuellement applicables aux magistrats de cours d'appel selon qu'ils ont commis un crime hors de l'exercice de leurs fonctions ou un délit, d'une part, ou un crime dans l'exercice de leurs fonctions, d'autre part, n'a plus guère de sens (d'autant qu'en pratique, les crimes sont le plus souvent correctionnalisés) et qu'une procédure uniforme serait préférable (28).

Le vrai nœud gordien qu'il reviendra au législateur de trancher consiste en réalité à décider s'il faut ou non maintenir le privilège de juridiction lui-même, qui vaut aux magistrats d'être jugés en première et dernière instance par les cours d'appel.

Prenant exemple sur la France et les Pays-Bas, le Conseil supérieur de la justice a recommandé d'abandonner ce « système désuet » (29). Il considère qu'en choisissant la cour d'appel comme instance de jugement en premier et dernier ressort, le législateur donne à penser que « les juges au niveau de la cour d'appel sont en mesure de statuer de manière impartiale et sereine alors que les juges au niveau de la première instance n'en seraient

(26) Conseil supérieur de la justice, rapport d'enquête particulière sur « le privilège de juridiction dans le cadre du dossier Jonathan Jacob », mars 2015, p. 19.

(27) C'est la solution défendue par le procureur général près la Cour de cassation dans le projet qu'il a transmis à la cellule stratégique du ministre de la Justice.

(28) J. de Codt, « Poursuites contre les magistrats », *op. cit.*, p. 171, n° 58. C'est aussi la solution défendue par le procureur général près la Cour de cassation dans le projet qu'il a transmis à la cellule stratégique du ministre de la Justice.

(29) Conseil supérieur de la justice, rapport d'enquête particulière sur « le privilège de juridiction dans le cadre du dossier Jonathan Jacob », mars 2015, p. 31.

pas capables », postulat qui n'est « manifestement pas raisonnable au 21e siècle » (30). Il faut certes éviter que les magistrats soient jugés par des collègues proches, mais cet objectif pourrait tout aussi bien être atteint en garantissant que les poursuites, l'instruction et le jugement se fassent dans un autre arrondissement judiciaire que celui dans lequel le magistrat inculpé exerce ses fonctions (31).

Quinze ans plus tôt, Jean de Codt écrivait déjà, dans un sens comparable, que « pour éviter les situations de proximité malsaine », il suffirait de prévoir que « lorsque les poursuites contre un magistrat sont de la compétence de la juridiction au sein ou auprès de laquelle il exerce ses fonctions, la Cour de cassation renvoie la procédure à une autre juridiction du même degré ». Et il ajoutait : « Le législateur atteindrait ainsi son objectif sans le payer par la perte du double degré de juridiction qui, pour n'être ni inconstitutionnelle ni contraire aux engagements internationaux de la Belgique, n'en est pas moins douloureusement ressentie par les justiciables concernés » (32).

Dans sa note transmise à la cellule stratégique du ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation préconise au contraire le maintien du privilège de juridiction devant la cour d'appel, qui a été jugé conforme tant à la Constitution qu'à la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est donc là-dessus que le débat risque de se cristalliser, entre ceux qui défendent le maintien de principe du privilège de juridiction et ceux qui doutent qu'il soit encore adapté aux besoins de notre époque et estiment que l'on pourrait se contenter d'organiser une procédure de « dépaysement » dans un autre arrondissement judiciaire…

(30) Conseil supérieur de la justice, rapport d'enquête particulière sur « le privilège de juridiction dans le cadre du dossier Jonathan Jacob », mars 2015, p. 17.

(31) *Ibid.*, p. 31.

(32) J. de Codt, « Poursuites contre les magistrats », *op. cit.*, p. 171, n° 58.

Services de renseignement et justice pénale

Par

Henri D. Bosly

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain

I. INTRODUCTION

Pour rendre un juste hommage à nos collègues Marc Preumont et Patrick Mandoux qui ont enseigné pendant de nombreuses années à l'Université libre de Bruxelles le droit de la procédure pénale, j'ai rédigé une contribution contenant plusieurs réflexions sur les relations entre les services de renseignement et la justice pénale.

La législation concernant ces services est souvent mal connue. Or, l'efficacité de l'action des services de renseignement et de sécurité constitue l'une des composantes de la prévention des actions terroristes et de la lutte contre les auteurs de ces infractions. Les missions de collecte des données concernant les activités menaçant la démocratie, d'évaluation de l'analyse de la menace, et de collaboration de ces services avec la justice pénale et les services de police seront au cœur de cette étude. La protection des victimes potentielles des attentats terroristes et la défense de la structure fondamentale de l'État, et en particulier de la société démocratique et pluraliste, rend nécessaire l'existence des services de renseignements (1). La discrétion qui entoure traditionnellement leur action et qui conditionne très largement l'efficacité de leur travail ne les dispense

(1) À propos de la naissance et du développement des services de renseignement en Belgique, on lira : B. Vangeebergen, *Het gebruik van inlichtingen in het strafproces. Inlichtingendiensten en de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 51-70 ; P. Ponsaers, « 161 jaar wachten op parlementaire controle », in *Inzicht in toezicht. Twintig jaar democratische controle op de inlichtingendiensten – Regards sur le contrôle. Vingt ans de contrôle démocratique sur les services de renseignement* (W. Van Laethem et J. Vanderborght éds), Comité permanent R, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 7-28.