

49114

8370

03512

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

LA DETENTION PREVENTIVE EN PROCEDURE PENALE

par

Françoise BERNARD-TULKENS et Henri-D. BOSLY

75.1.

900448230320

LA DETENTION PREVENTIVE EN PROCEDURE PENALE BELGE

"La liberté individuelle est garantie"

Constitution, article 7

I n t r o d u c t i o n

La détention préventive est, du point de vue de la théorie générale du droit pénal, un lieu de conflit dialectique où deux intérêts sont en présence et en opposition: intérêt individuel intérêt social. Historiquement, les positions en cette matière varient et oscillent d'un pôle à l'autre à la recherche d'un difficile compromis qui satisfasse à la fois les exigences de la justice individuelle et les impératifs de la protection sociale.

Il peut paraître vain, sinon banal, de rappeler cet aspect philosophique du problème de la détention préventive déjà largement évoqué, explicitement ou implicitement, par de nombreux auteurs. Nous y revenons seulement dans un but méthodologique, pour fixer le cadre de référence conceptuel de l'analyse de droit positif par rapport auquel, dans la présente étude, s'ordonneront les principes et se mesureront les exceptions.

L'adoption et le maintien d'un régime de détention préventive traduit l'irréductible antinomie de deux ordres de légitimité.

D'une part, du point de vue de l'individu, il faut affirmer de manière générale, que la détention préventive ne peut pas être justifiée: "si tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été reconnu coupable, il n'est pas permis de priver de sa liberté celui contre lequel il n'existe encore que de simples préventions, et de lui appliquer une mesure qui, au

fond, ne diffère pas de celle à laquelle il serait soumis si sa culpabilité était déclarée" (1). Seule l'exécution d'un jugement qui condamne à une peine d'emprisonnement peut priver un citoyen de sa liberté, et un pareil jugement les juridictions d'instruction ne peuvent le prononcer ni directement ni indirectement (2). Une détention avant jugement, avant condamnation définitive, est une incontestable violation du droit fondamental de l'individu à la liberté.

Une telle violation rendue conforme au droit par une législation qui en fixe les conditions et les modalités, ne peut trouver son explication, et dans le même moment ses limites, qui dans le droit concurrent de la société à la protection et à la sécurité qui requiert l'action de la justice.

La question fondamentale est dès lors de savoir si la détention préventive est nécessaire à l'accomplissement de la justice dans sa mission de sauvegarde de l'intérêt général, comment elle l'est, dans quelle mesure et jusqu'où. Situation exceptionnelle, la détention préventive ne peut être établie et maintenue qu'à titre de rigoureuse nécessité, et elle doit être contenue dans les limites de cette nécessité. L'appréciation concrète de ce critère impose au législateur et au juge une tâche ardue et délicate, sans cesse à renouveler. Le guide le plus sûr dans cette entreprise est le rappel constant du principe fondamental du droit à la liberté. A cet égard, le problème à la fois théorique et pratique de la détention préventive trouvera, dans chaque pays et à chaque époque, une solution conforme à la somme de liberté politique dont y jouissent les citoyens.

(1) Exposé des motifs de la loi du 18 février 1852, cité par G. TIMMERMANS, Etude sur la détention préventive, Gand-Paris, Ad. Hoste et Padone Lauriel, 1878, p. 134 -

(2) R. SMITS, Un détournement de pouvoir, Journal des Tribunaux 1945, p. 147.

CHAPITRE I

DE LA DETENTION PREVENTIVE

DEFINITION, PROLEGOMENES, HISTORIQUE,

BUT, SIEGE DE LA MATIERE

La détention préventive est l'emprisonnement que subit l'auteur présumé d'un crime ou d'un délit, avant qu'il soit statué sur l'infraction (3). Il s'agit, dans le système prévu et organisé par la loi, d'une privation de liberté, en vertu d'un acte juridictionnel, avant jugement définitif sur le fond. De manière plus précise, la législation belge sur la détention préventive s'applique à la "réglementation des mesures qui, antérieurement au prononcé d'une décision définitive, placent l'inculpé à la disposition de la justice: mandats d'arrêts décernés par le juge d'instruction, ordonnances de prise de corps émanant des juridictions d'instruction, arrestation immédiate décrétée par les juridictions de jugement" (4). Tel sera l'objet de notre étude.

La détention préventive suppose, certes, comme préalable, l'arrestation de l'inculpé. En raison de l'ampleur de la matière, nous n'en traiterons pas dans la présente étude consacrée exclusivement à la détention préventive dans le sens évoqué plus haut (5).

Le code d'instruction criminelle de 1808 (6) accordait au juge instructeur, en matière de détention préventive, un

(3) Répertoire pratique du droit belge (R.P.D.B.) "détention préventive, t. III, 1949, n°1 -

(4) Cass. 22 septembre 1930, Pasicrisie 1930, I, 308 -

(5) Sur le régime belge de l'arrestation et les projets de réforme au code d'instruction criminelle, voy. H. BEKAERT, La manifestation de la vérité dans le procès pénal, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 227 à 246 -

(6) sur la période antérieure, voy. H. BOUGARD, De la liberté in-

pouvoir quasi discrétionnaire et n'offrait à l'inculpé que de faibles garanties. Les mandats de dépôt et d'arrêt que ce magistrat décernait étaient irrévocables, ne pouvant être remplacés que par une ordonnance de prise de corps ou anéantis par une ordonnance de non lieu. La mise au secret était également abandonnée à l'arbitraire du juge d'instruction (article 613 du code d'instruction criminelle). D'autre part, le pouvoir de la chambre du conseil d'accorder une mise en liberté était contenu dans des limites étroites et assujéti, en tout état de cause, au dépôt d'un cautionnement.

La loi du 18 février 1852 sur la détention préventive (7) modifie profondément ce système. Elle distingue entre le mandat d'arrêt - applicable pour les faits pouvant entraîner une peine capitale ou perpétuelle - et le mandat de dépôt pour les faits punis des travaux forcés à temps, de la réclusion ou de l'emprisonnement correctionnel et soumet ce dernier à de sérieuses limites. L'inculpé domicilié doit être laissé en liberté sauf si la cause présente des circonstances graves et exceptionnelles; d'autre part, le mandat ne peut être maintenu que s'il est confirmé par la chambre du conseil dans les 5 jours de la délivrance. Le juge d'instruction peut désormais décerner mainlevée du mandat sur les conclusions conformes du procureur du roi et l'inculpé peut, en tout état de cause, demander sa mise en liberté provisoire. A la chambre du conseil, est conférée la faculté, en statuant sur l'inculpation, de faire cesser la détention préventive; l'obligation de fournir caution n'est plus nécessairement suspensive de la liberté provisoire. Enfin, le pouvoir du magistrat instructeur en ce qui concerne la mise au secret est maintenu pour un terme de dix jours seulement.

De l'avis unanime, "les espérances que la loi de 1852 avaient fait concevoir ne sont pas réalisées".

Le projet de loi qui devait aboutir à l'adoption de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive répondait

7) Documents 1852. p. 675 contenant les travaux préparatoires.

au souci d'affronter le problème de "la conciliation des droits de la liberté individuelle avec les exigences légitimes de la sécurité générale" (8). Plus concrètement, le législateur entendait examiner "quels sont", au milieu des éléments de prévention et de répression dont nous disposons aujourd'hui, les garanties nouvelles dont nous pouvons, sans compromettre l'ordre public, accorder aux citoyens poursuivis" (9).

Sur le plan des principes, la loi de 1874 dota la Belgique d'une des législations les plus libérales d'Europe. Il y est clairement affirmé que la liberté est la règle et la détention l'exception. Des garanties sont d'autre part accordées à la liberté individuelle. En ce qui concerne la mise en détention préventive elle-même, aux circonstances graves et exceptionnelles justifiant le mandat d'arrêt s'ajouta désormais l'intérêt de la sécurité publique (article I, al.2). D'autre part, les circonstances graves et exceptionnelles doivent être spécifiées (article 2), c'est-à-dire "énumérées et, pour ainsi dire, définies dans chaque cas d'espèce" (10); à cet égard, les travaux préparatoires révèlent clairement le souci du législateur de ne pas s'en tenir à une formule abstraite et générale applicable à tous les cas. Enfin, il est prévu que le mandat d'arrêt ne sera pas maintenu s'il n'est pas confirmé dans les cinq jours de l'interrogatoire par la chambre du conseil où l'inculpé et son conseil sont admis à prendre part au débat (article 4). C'est là renoncer au caractère entièrement secret de l'instruction et ouvrir la voie à un véritable débat contradictoire. En ce qui concerne la mise au secret, que d'aucuns ont qualifiée d'atteinte aux droits de l'humanité, elle est abandonnée dès après la première audition par le juge d'instruction (article 3). Enfin quant à la liberté provisoire, elle peut être accordée par le juge d'instruction ou, après le renvoi, par la juridiction saisie.

(8) Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre par THONISSEN, Pasinomie (Pasin) 1874, p. 110, n°1.

(9) Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre par THONISSEN, Pasin. 1874, p. 111, n° 1.

(10) Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre par THONISSEN, Pasin. 1874, p. 113, n° 6.

Nonobstant son caractère provisoire et d'une certaine manière expérimental - le législateur de 1874 pensait en effet que la loi qu'il venait d'édicter serait revue lors de la réforme du code d'instruction criminelle -, le régime de la loi du 20 avril 1974 a subsisté pendant près d'un siècle. Divers amendements y ont certes été apportés qui, sans modifier la conception générale de la loi de 1874, ont toutefois augmenté les garanties de la liberté individuelle : la loi du 23 juillet 1895 qui complète le système de liberté provisoire sous caution; la loi du 29 juin 1899 qui permet d'adresser une requête de mise en liberté provisoire au tribunal correctionnel depuis l'ordonnance de renvoi jusqu'au jugement; la loi du 23 août 1919 qui accroît le caractère contradictoire du contrôle de la chambre du conseil sur la détention préventive en mettant le dossier à la disposition de l'avocat du prévenu 2 jours avant la comparution mensuelle; la loi du 9 mai 1931 qui impute la durée de la détention préventive sur la durée de la peine; la loi du 25 juillet 1959 qui dispose, en cas d'appel du prévenu et du ministère public contre une ordonnance de la chambre du conseil en matière de détention préventive, que les choses ne resteront en état jusqu'à la décision sur l'appel que pour autant toutefois que celle-ci intervienne dans les 15 jours de la déclaration d'appel; passé ce délai, l'inculpé sera mis en liberté.

D'autre part, le régime de la détention préventive a été complété par la loi du 6 mars 1963 modifiant l'article 130 du code d'instruction criminelle, et qui rend à la chambre du conseil réglant la procédure le droit de se prononcer sur le maintien du mandat d'arrêt.

C'est surtout l'application pratique du régime et de la législation sur la détention préventive qui, au cours de ces années, a suscité les critiques les plus vives tant au sein de la magistrature et du barreau qu'au Parlement, dans la presse etc... (11).

(11) Voy. H. BEKAERT, Cinquante années de procédure pénale en Belgique et à l'étranger, Revue de Droit pénal et de criminologie, Publication jubilaire, 1907-1957, p. 88-90 et les références citées aux notes (67) et (68); Th. VERSEE, La privation de la liberté dans la procédure pénale belge,

L'ensemble de celles-ci se regroupent autour de quelques thèmes majeurs : excès et abus de détention préventive non rigoureusement nécessaire, quasi-automaticité des mandats d'arrêt et de leur confirmation fondés le plus souvent sur des considérations générales (12), banalité, vague et laconisme croissants des motifs de la détention. Les circonstances graves et exceptionnelles et l'intérêt de la sécurité publique qui légitiment la détention sont très souvent devenus, à l'encontre de la volonté formelle du législateur de 1874, des clauses de style (13). D'autre part, l'ordonnance motivée qui était une garantie essentielle de l'inculpé cesse progressivement d'être la réalité qu'elle doit être pour devenir une formalité.

Il en résulte une profonde mutation de l'idée de la détention préventive, de son champ d'application, de son but, de sa raison d'être et de ses limites. De mesure exceptionnelle, elle est devenue une mesure régulière - mesure punitive d'intimidation ou de rétribution anticipant sur l'application de la peine et mesure, sinon habitude, d'instruction.

Rev. dr. pén. crim. 1966-1967, p. 360 ; C.S. ARONSTEIN, De quelques manières d'affermir la liberté, J.T. 1969, pp. 233 à 239; A. DUMONT, Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, in : Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue, Presses Universitaires de France 1971, pp. 17 à 24.

- (12) Cette constatation et cette critique apparurent très nettement à l'analyse d'une jurisprudence fermement établie qui ordonnait systématiquement la détention préventive à l'égard de l'usager de la route en état d'ivresse responsable d'un accident de la circulation ayant entraîné la mort ou des lésions (S.C. VERSELE, La détention préventive en cas d'ivresse au volant, J.T. 1953, pp. 593-594). Le seul fait de conduire en état d'ivresse, en effet, quelles que soient les autres circonstances du délit, était considéré comme une circonstance grave et exceptionnelle réclamant la détention préventive dans l'intérêt de la sécurité publique (S.C. VERSELE, La loi du 15 avril 1958, Rev. dr. pén. crim., 1963-1964, p. 816-818).
- (13) L'usage en est à ce point généralisé que certaines juridictions d'instruction utilisent une formule imprimée dont il ne faut plus que biffer les mentions inutiles. Voy. M. GREGOIRE, La détention préventive, J.T., 1955, p. 286.

Le 10 septembre 1969, le ministre de la justice déposa un projet de loi tendant à remédier à certaines imperfections de l'application de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive. La loi qui fut votée le 13 mars 1973, modifiant la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive et complétant l'article 447 du code d'instruction criminelle, entend réaliser le triple objectif suivant : d'une part rendre la délivrance du mandat d'arrêt plus malaisée en imposant au magistrat qui le requiert ou le délivre un temps de réflexion plus long après examen approfondi du dossier; d'autre part, faciliter la main-levée du mandat d'arrêt afin d'écourter autant que possible la détention; enfin, permettre l'indemnisation des personnes victimes d'une détention préventive injustifiée (14). Cette loi constitue actuellement la dernière intervention législative réglant l'exercice de la détention préventive. A l'instar des lois de 1852 et 1874, elle est appelée, dans un avenir que nous espérons proche cette fois, à s'insérer dans la réforme en cours de la procédure pénale.

Il importe enfin de signaler, pour fixer le siège de la matière de la détention préventive en procédure pénale belge, certaines situations particulières.

En matière de fraudes douanières, distilleires clandestines et assimilées, la détention préventive est réglée par les articles 224, 225 de la loi du 20 août 1822, 4 de l'arrêté royal du 2 juillet 1824, 20 de la loi du 6 avril 1843, 2 de la loi du 19 décembre 1874, 138 de la loi du 15 avril 1896 et 19 de la loi du 10 juin 1947. Les articles 113 à 136 du code d'instruction criminelle qui n'ont pas été abrogés par la loi du 20 avril 1874 continuent à régir ces infractions.

(14) Exposé des motifs, Documents parlementaires, Chambre, 1968-1969, n° 472-1, pp. 1 et 2.

D'autre part, la détention préventive et la mise en liberté provisoire en matière militaire est régie en ordre principal par le code de procédure pour l'armée de terre du 20 juillet 1814.

De même, en matière politique et de presse, il existe des règles restrictives. La détention préventive ne peut jamais avoir lieu pour les délits politiques (article 8 du décret du 19 juillet 1831 qui rétablit le jury). Il s'agit, en l'espèce, du délit au sens technique du terme c'est-à-dire l'infraction punie d'une peine correctionnelle. Les crimes politiques, en revanche, sont régis par la loi du 20 avril 1874. Quant au délit commis par la voie de la presse et n'entraînant qu'une peine d'emprisonnement, son auteur ne pourra, s'il est domicilié en Belgique, être emprisonné avant sa condamnation contradictoire ou par contumace (article 9 du décret du 20 juillet 1831 sur la presse).

Enfin, des lois particulières peuvent toujours prévoir des régimes dérogatoires. Il en est ainsi de la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude qui permet aux juridictions d'instruction de décerner un mandat d'arrêt en vue de placer l'inculpé en observation; des articles 52 et 53 de la loi du 8 avril 1965 concernant la protection de la jeunesse qui autorise le tribunal de la jeunesse à garder provisoirement le mineur dans une maison d'arrêt pour un terme qui ne peut dépasser 15 jours; et de la loi du 27 novembre 1891 sur la répression du vagabondage et de la mendicité en vertu de laquelle sont organisés des internements, qui ne peuvent dépasser un an, dans des maisons de refuge.

En filigrane de ce bref aperçu historique de la détention préventive en procédure pénale belge apparaissent les buts qui traditionnellement ont été assignés à celle-ci. Un des premiers

objectifs de la détention préventive fut de garantir l'exécution de la peine en empêchant l'inculpé de s'y soustraire par la fuite. La multiplication des traités d'extradition a considérablement affaibli la portée de cette nécessité et la détention préventive a dès lors été liée à d'autres impératifs, tels principalement la nécessité de prévenir la collusion des auteurs ou des complices, la subornation de témoin, la disparition des preuves - bref le souci de faciliter l'instruction et d'assurer l'action de la justice - et d'empêcher la récidive.

La question subsiste toutefois de savoir si, à cet égard, la détention préventive est un mal vraiment nécessaire.

CHAPITRE II

LES MESURES DE DETENTION

SECTION 1 - Le droit commun de la détention préventive -

La loi du 20 avril 1874 constitue le siège de la matière (15)

(15) Cette matière a fait l'objet de nombreuses études: G. TIFMERMANS, Etudes sur la détention préventive, Gand 1878; F. de le COURT, De la détention préventive, Belgique judiciaire, 1874, col. 1441 à 1478; L. LIMELETTE, Détention préventive, Belgique judiciaire, 1874, col. 1329 à 1338; H. BOUGARD, De la liberté individuelle, Belgique judiciaire, 1874, col. 1553 à 1583; R. HAYOIT de TERNICOURT, De la loi sur la détention préventive, Rev.dr.pén.crim. 1924, p. 285 à 312 et p. 389 à 416; A. BRAAS, Précis de procédure pénale, 1932, p. 232 à 254. J. MAGNOL, Une institution belge qui n'a pas réussi à s'implanter en France: la réglementation de la détention préventive au cours de l'instruction préparatoire, Rev.dr.pén.crim. 1940-1941, p. 129 à 146; H. BEKAERT, De voorlopige hechtenis in het Belgisch recht (La détention provisoire en droit belge), Rapport à l'Association pour l'étude comparée du droit de la Belgique et des Pays-Bas, 1948, volume II, p. 36 à 69; A. MARECHAL, La détention préventive, Les Nouvelles, Procédure pénale, t.I, vol.1, p. 444 à 480; R.P.D.B. V° Détention préventive, p. 708 à 728; J. HOEFFLER, Traité de l'instruction préparatoire, 1953, p. 134 à 147; J. VANDERVEEREN, et F. FISCHER, La loi du 6 mars 1963 modifiant les articles 130 et 135 du Code d'instruction criminelle, J.T. 1964, p. 1 à 3; A. MARCHAL et J.P. JASPAR, Droit criminel, 1965, vol. II, p. 1042 à 1061; T. HERMAN, R.P.D.B. Complément II, 1966, v° Détention préventive, p. 410 à 415; T. VERBEE, La privation de la liberté dans la procédure pénale belge, Rev.dr.pén.crim. 1966-1967, p. 343 à 382; J. VELU, La Convention européenne des droits de l'homme et la procédure pénale belge, in: "Mélanges Polys Modinos", Paris 1968, p. 414 à 431; J. VANDERVEEREN, La détention préventive en Belgique. Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles 1970, p. 779 à 797; H.-H. JESCHECK, La réforme de la détention préventive en Allemagne et le droit belge, Rev.dr.pén.crim. 1970-1971, p. 456 à 476; A. DUMONT, Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, Rapport aux Journées franco-belgo-luxembourgeoises de science pénale de Poitiers, Rev.dr.pén.crim. 1970-1971, p. 103 à 139; O. VAN DE MEULEBROEKE, Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, Rapport aux Journées franco-belgo-luxembourgeoises de science pénale de Poitiers, Rev.dr.pén.crim. 1970-1971, p. 140 à 203; H. BEKAERT, La manifestation de la vérité dans le procès pénal, Bruxelles, Bruylant 1972, p. 209 à 335; E. ROZIER, De opheffing van het bevel tot aanhouding op voorstel van de onderzoeksrechter (La levée du mandat d'arrêt sur proposition du juge d'instruction), Rechtskundig Weekblad, 1972-1973, col. 2005 à 2008; W. BROSENS, Voorlopige hechtenis en evolutie van het recht (Détention provisoire et évolution du droit) in: Recht en beweging, Deurne, Kluwer 1973, p. 43 à 57; G.-J. VANHOUDT, Strafvordering (Procédure pénale); Gand

Comme nous l'avons vu, cette loi a été modifiée à plusieurs reprises et c'est le renforcement des garanties individuelles qui constitue la tendance dominante de cette évolution.

La présente étude s'attachera à faire le point de l'état actuel de cette législation.

§ 1 - Le mandat d'arrêt

A - La délivrance

1) L'autorité compétente

L'article 7 de la Constitution dispose que "hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation ou au plus tard dans les vingt-quatre heures". Le constituant et le législateur ont vu dans l'intervention d'un membre du pouvoir judiciaire - en l'occurrence le juge d'instruction - une protection importante de la liberté individuelle. Le juge d'instruction délivre mandat d'arrêt soit d'office, soit sur les réquisition du ministère public (16).

Le juge d'instruction agit d'office dans deux hypothèses fort différentes l'une de l'autre. La première est celle, fort rare, du flagrant délit (17): comme les fonctions d'instruction et de poursuite sont momentanément réunies entre les mains d'un seul magistrat, le juge d'instruction peut agir sans réquisitions préalables du ministère public. La seconde hypothèse est celle dans laquelle le juge d'instruction est saisi des réquisitions du parquet tendant à l'ouverture d'une information concernant

(16) Devant le tribunal de première instance les fonctions du ministère public sont exercées par le procureur du Roi. Depuis le Code judiciaire la poursuite des infractions aux lois sociales appartient - sauf connexité ou concours - à un autre officier du ministère public, en l'espèce l'auditeur du travail -

(17) Par flagrant délit on entend également les crimes flagrants.

une infraction déterminée. S'il estime nécessaire de délivrer mandat d'arrêt à charge de l'un ou l'autre suspect, le juge d'instruction n'est pas tenu d'en être requis expressément par le ministère public.

Le juge d'instruction peut enfin délivrer mandat d'arrêt suite aux réquisitions expresses du ministère public.

Depuis la loi du 13 mars 1973, et en vue de rendre la détention préventive plus rare, l'ordonnance du juge d'instruction n'est plus susceptible d'appel de la part du ministère public (article 1 alinéa 4 de la loi du 20 avril 1874) (18).

-
- (18) Sous le régime antérieur à la loi du 13 mars 1973, la loi sur la détention préventive ne prévoyait aucun recours ni de la part du ministère public, ni de la part de l'inculpé, contre cette ordonnance du juge d'instruction. Toutefois la jurisprudence et la doctrine avaient admis que toutes les ordonnances contraires aux réquisitions du ministère public étaient susceptibles d'être déférées par ce dernier à la chambre des mises en accusation de la cour d'appel. Elle décernait elle-même ce mandat ou chargeait un de ses membres de la poursuite de l'instruction. Voir en ce sens Cass. 17 décembre 1941, Pas. 1941, I, 459 et note R.H.; Cass. 7 septembre 1950, Pas. 1950, I, 852; Note P.T. sous Cass.fr. (ch.crim.) 22 décembre 1959, J.T., 1960, p. 257 et 258; P.E. TROUSSE, Chronique trimestrielle de jurisprudence, Rev.dr.pén.crim. 1959-1960, p. 980 et 981; J. CONSTANT, Les mises en accusation, Les Nouvelles, Procédure pénale, t. II, vol. 1, n° 114 bis; Gand (ch. mises en acc.) 11 septembre 1951, Rev.dr.pén.crim., 1951-1952, p. 562 et les réquisitions écrites de J. Matthys; A. MARECHAL, Les mandats, Les Nouvelles, Procédure pénale, t. I, vol. 1, n° 118 à 121; A. BRAAS, Précis d'instruction criminelle, 1932, p. 202; O. VAN DE MEULEBROEKE, Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, Rev.dr.pén.crim. 1970-71, p. 154. Tirant argument du caractère unilatéral de l'instruction préparatoire, la jurisprudence n'a jamais permis à l'inculpé d'interjeter appel de l'ordonnance du juge d'instruction. Dans la pratique la comparution de l'inculpé devant la chambre du conseil dans les cinq jours de l'interrogatoire présente les mêmes garanties que l'appel auprès de la chambre des mises en accusation.

2) Les conditions (articles 1 et 2 de la loi du 20 avril 1874).

Bien que la loi du 20 avril 1874 soit muette sur ce point, la première condition requise est l'existence d'indices de culpabilité à l'égard de la personne qui pourrait être privée de sa liberté. La doctrine et la jurisprudence sont fixées à juste titre en ce sens (19).

Le fait délictueux, objet de l'inculpation, doit être de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel de trois mois au moins. Le législateur a voulu exclure la détention préventive pour les infractions de peu de gravité.

Si le fait peut entraîner la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans ou une peine plus grave, le mandat d'arrêt est "de droit", ce qui signifie que le juge d'instruction ne peut laisser l'inculpé en liberté que sur l'avis conforme du procureur du Roi (20).

Dans les autres cas, le juge d'instruction est libre de délivrer ou non mandat d'arrêt.

Si l'inculpé a sa résidence en Belgique, il ne peut être privé de sa liberté que s'il existe des circonstances graves et

(19) Cass. 5 août 1910, Pas. I, 413 et les conclusions de Monsieur le Premier avocat général TERLINDEN. Entre les "indices" et les "charges" qui, elles, ne seront examinées qu'à l'issue de l'instruction préparatoire, il ne semble y avoir qu'une différence de degré. Dans ses conclusions précédant l'arrêt précité de la Cour de cassation, le premier avocat général TERLINDEN s'exprimait ainsi: "Ne confondons jamais les indices de culpabilité, au point de vue de la détention préventive, et les charges, au point de vue du renvoi et du jugement. Il y a là toute une échelle dans l'ordre des présomptions. Pour le mandat, il ne faut que des indices; pour le renvoi, il faudra que ces indices soient devenus des charges; le tribunal ne condamnera que s'il a des preuves" (Pas. I, 415). R. DECLERCQ, op.cit., p. 267 et sv.. R. HAYOIT de TERNICOURT, De la loi sur la détention préventive, Rev.dr.pén.crim. 1924, p. 292.

(20) A. FARECHAL, op. cit., p. 450, n° 93 à 95.

exceptionnelles intéressant la sécurité publique. Le législateur a voulu affirmer concrètement que la liberté est la règle et la détention l'exception. Ces circonstances doivent être relevées dans le mandat d'arrêt. L'article 2 de la loi du 20 avril 1874 précise que le juge d'instruction est tenu de spécifier les circonstances graves et exceptionnelles motivant l'arrestation. Il ne peut pas recourir à l'usage de "circonstances-types": en effet, selon l'expression imagée du Procureur Général Hayoit de Termicourt "le mandat d'arrêt est un habit, le juge d'instruction est un tailleur; mais le débit de costumes façonnés d'avance ou par série est absolument interdit à ce magistrat" (21). Cette volonté du législateur qui avait été déjà clairement exprimée lors des travaux préparatoires à la loi du 20 avril 1874 (22) ne semble pas avoir été respectée dans la pratique autant qu'il eût été souhaitable. Aussi la loi du 13 mars 1973 a-t-elle introduit une nouvelle exigence: le juge d'instruction doit spécifier ces circonstances en mentionnant désormais "les éléments propres à la cause ou à la personnalité du délinquant" (23).

A plusieurs reprises déjà la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser la portée de cette exigence nouvelle. C'est ainsi qu'elle a annulé un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'Appel de Liège qui, en confirmant le mandat d'arrêt, énonçait comme seuls motifs: "qu'il existe des circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique, que nous nous trouvons devant des faits très graves, et eu égard aussi au lourd passé de l'appelant" (24).

(21) op.cit. p. 298 -

(22) Par exemple, la déclaration du député Thomissen devant la Chambre des Représentants: "Il faudra que le juge d'instruction dise dans chaque cas quels sont les faits dans lesquels il voit des circonstances graves et exceptionnelles" (Pasin., 1874, p. 126) -

(23) C.-J. VANHOUDT, Strafvoording, Gand, 1974, p. 189 -

(24) Cass., 19 juin 1973, J.T., 1973, p. 691 -

Le même sort a été réservé à un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles qui se bornait à relever: "que des circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique nécessitent le maintien de la détention préventive; qu'en peut craindre, compte tenu des charges graves pesant sur lui, que l'inculpé, s'il était remis en liberté, commette des faits semblables ou se soustraie aux poursuites" (25).

Si l'inculpé n'a pas de résidence en Belgique, les circonstances graves et exceptionnelles ne sont pas nécessaires. Elles sont en quelque sorte présumées.

3) Formes

Le juge d'instruction ne peut délivrer mandat d'arrêt qu'après avoir interrogé l'inculpé. Cette règle n'est pas applicable lorsque l'interrogatoire est rendu impossible par le fait de l'inculpé (s'il est en fuite ou à l'étranger) (26).

Le mandat d'arrêt motivé signé par le juge d'instruction est exécuté à la requête du Procureur du Roi par la force publique. Il est notifié à l'inculpé au plus tard dans le délai de vingt-quatre heures suivant la privation de liberté (27) et il lui en est délivré copie.

4) Le régime de la détention

L'inculpé est conduit dans une maison d'arrêt. Immédiatement après son audition par le juge d'instruction, l'inculpé peut communiquer librement avec son avocat (28).

(25) Cass., 11 mars 1974, J.T., 1974, p. 314 -

(26) R. HAYOT de TERNICOURT, op.cit., p. 286; Cass. 22 février 1971, Rechtskundig Weekblad, 1971-72, col. 1688 -

(27) Sur l'application de cette disposition, voir Cass., 4 janvier 1960, J.T., 1960, p. 808 et note P.T.; T. HERMAN, V° Détention préventive, R.P.D.B., complément, t. II, n°70 -

(28) R.P.D.B., V° Détention préventive n° 112 et sv.

Exceptionnellement et lorsque les nécessités de l'instruction le commandent en vue d'assurer la manifestation de la vérité, le juge d'instruction peut prononcer une interdiction de communiquer. En vue de restreindre les risques de porter atteinte aux droits de la défense, la loi oblige le juge d'instruction à motiver spécialement son ordonnance, limite la durée de l'interdiction à trois jours et interdit de la renouveler (29)

B - La durée (article 4 de la loi)

Le mandat d'arrêt n'a force obligatoire que durant cinq jours. Passé ce délai, l'inculpé sera remis en liberté à moins que la chambre du conseil n'ait entretemps confirmé le mandat d'arrêt. La chambre du conseil est une juridiction d'instruction composée depuis la loi du 25 octobre 1919 d'un juge unique.

Contrairement à la France, la Belgique a conservé l'institution de la chambre du conseil qui joue un rôle considérable dans le contrôle de la détention préventive. Le contrôle de la chambre du conseil porte sur les actes du juge d'instruction, sur l'existence des circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique et sur la consistance des indices de culpabilité. Elle peut en outre suppléer à certaines omissions du juge d'instruction et à certaines lacunes du mandat d'arrêt (30).

La chambre du conseil statue à huis-clos sur le rapport du juge d'instruction et après avoir entendu les réquisitions du ministère public et la plaidoirie de la défense (31). Ni l'inculpé, ni son avocat n'ont cependant accès au dossier.

(29) R.P.D.B., V° Détention préventive n° 117 à 126.

(30) O. VAN DE MEULEBROEKE, Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, Rev.dr.pén.crim. 1970-71, p.155 et 157; Bruxelles, 6 juin 1967, Pas. 1968, II, p. 13.

(31) Cass. 20 juin 1966, Pas. 1966, I, p. 1340.
Corr. Nivelles (ch.cons.), 24 mai 1968, Rev.dr.pén.crim. 1967-1968, p.908; Bruxelles (ch.mises en acc.), 14 décembre 1967, Rev.dr.pén.crim., 1967-1968, p.907; Bruxelles (ch.mises en acc.), 4 juin 1968, Rev.dr.pén.crim. 1968-1969, p. 56.

Si elle confirme le mandat d'arrêt, la chambre du conseil prolonge la détention pour un mois à compter de l'interrogatoire par le juge d'instruction. L'ordonnance de la chambre du conseil est susceptible d'appel, tant de la part du ministère public que de l'inculpé auprès de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel. Si le ministère public interjette appel d'une ordonnance de la chambre du conseil libérant l'inculpé, ce dernier restera détenu jusqu'à l'arrêt de la Cour (article 20 de la loi sur la détention préventive). Par contre l'appel de l'inculpé n'est pas suspensif de la confirmation du mandat d'arrêt.

A l'expiration d'un mois, et ce de mois en mois, la chambre du conseil devra statuer sur la prolongation de la détention préventive faute de quoi l'inculpé sera remis en liberté (32). Le dossier sera mis à la disposition du conseil de l'inculpé au moins 48 heures avant l'audience de la chambre du conseil (33). Ce contrôle mensuel ne portera plus sur la régularité formelle du mandat d'arrêt.

Sous le régime antérieur à la loi du 13 mars 1973, il suffisait que l'intérêt public le justifie pour que la chambre du conseil puisse prolonger la détention préventive. Depuis lors le législateur s'est montré plus rigoureux: en effet, il a estimé que les raisons qui pouvaient justifier la prolongation de la détention devaient être aussi graves que celles qui avaient amené le juge d'instruction à décerner mandat d'arrêt. En conséquence, seules des circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique peuvent justifier la prolongation de la détention. En outre, l'ordonnance de la chambre du con-

(32) Article 5 de la loi. Cass. 18 mars 1968, Pas. 1968, I, 890. Cass. 1er avril 1968, Pas. 1968, I, 946; Cass. 26 octobre 1972, Pas. 1973, I, 99.

(33) Cass. 20 juin 1966, Pas. 1966, I, 1340. Bruxelles (ch.mises en acc.) 24 juillet 1968, Rev.dr.pén.crim., 1968-1969, p. 57; Cass. 23 septembre 1968, Pas. 1969, I, 88; Cass. 15 juin 1970, Pas. 1970, I, 919; Cass. 20 mars 1972, Pas. 1972, I, 677; Cass. 26 septembre 1972, Pas. 1973, I, 99.

seil doit spécifier ces circonstances en mentionnant expressément les éléments propres à la cause ou à la personnalité de l'inculpé.

Enfin, comme antérieurement, la chambre du conseil doit vérifier la persistance des indices de culpabilité à charge de la personne détenue.

La loi belge ne prévoit aucune limite de durée de la détention préventive (34). Il en résulte que le critère du "délai raisonnable" contenu dans l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (voir infra pages présente une utilité considérable (34bis).

Les décisions de la chambre du conseil sont susceptibles d'appel auprès de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel (35). Les arrêts de la cour peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

C - La levée du mandat d'arrêt

La levée du mandat d'arrêt s'opère par le non renouvellement par la juridiction d'instruction. Elle peut aussi avoir lieu selon les procédures qui vont être décrites. Cette libération de l'inculpé peut se faire sous caution ou sans caution. Les articles 10 à 16 de la loi du 20 avril 1874 règlent la libération sous caution. Ce cautionnement garantit "la représen-

(34) Seule la loi de défense sociale prévoit que la mise en observation ne peut excéder six mois.

(34bis) Dans un arrêt du 20 mars 1972 (Pas. 1972, I, 677) la Cour de cassation a vérifié en l'espèce si l'inculpé avait été jugé dans un délai raisonnable. Voir dans le même sens Cour militaire 22 août 1974, J.T. 1974, p. 611.

(35) T. COLLIGNON, A propos des voies de recours contre les décisions de la chambre des mises en accusation et de la chambre du conseil, J.T., 1955, p.225 à 227. Sur la nature du contrôle de la chambre des mises: Cass. 14 mars 1972, Pas. 1972, I, 652; Cass. 20 mars 1972, Pas. 1972, I, 677; Bruxelles (ch.Mises en acc.) 24 octobre 1967, Pas. 1968, II, 77; A. BRAAS, Précis d'instruction criminelle, 1932, p. 222 et sv... et p. 248 et sv...

tation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et pour l'exécution de la peine" (article 10 alinéa 2). Dans la pratique la mise en liberté sous caution est fort peu usitée parce qu'elle est considérée comme discriminatoire.

1) Avant la clôture de l'instruction préparatoire

Au cours de l'instruction préparatoire, le juge d'instruction peut proposer à tout moment la libération de l'inculpé. Sous le régime antérieur à la loi du 13 mars 1973, cette libération ne pouvait se réaliser que de l'avis conforme du ministère public. Cette "subordination" du juge d'instruction au procureur du Roi n'était plus admissible. Puisqu'il y avait conflit, il fallait qu'il fût tranché par une juridiction.

Le système actuel peut se décrire ainsi:

Le juge d'instruction propose au procureur du Roi la mainlevée du mandat d'arrêt et son greffier en informe par écrit dans le plus bref délai l'inculpé ou son conseil. Si le procureur du Roi reste en défaut de conclure dans les vingt-quatre heures de la communication ou si ses conclusions sont conformes à la proposition, le juge d'instruction fait libérer l'inculpé.

Si les conclusions du procureur du Roi ne sont pas conformes, l'inculpé sera remis en liberté à moins que la chambre du conseil n'en décide autrement. Celle-ci statuera après avoir entendu le rapport du juge d'instruction, les réquisitions du ministère public et la plaidoirie de la défense dans les cinq jours de la communication de la proposition du juge d'instruction. Bien que la loi ne le précise pas expressément nous sommes d'avis que le conseil de l'inculpé a le droit de prendre connaissance du dossier avant l'audience de la chambre du conseil. (Lorsqu'elle donne raison au Ministère public, la chambre du conseil rend une ordonnance valant confirmation mensuelle du mandat).

La chambre du conseil ne peut décider le maintien de la détention que si des circonstances graves et exceptionnelles se rattachant aux exigences de la sécurité publique le justifient. En outre elle doit motiver sa décision en précisant les éléments propres à la cause ou à la personnalité du délinquant. Si la chambre du conseil se range à l'avis du ministère public, elle prolonge la durée du mandat d'arrêt d'un mois à partir de l'ordonnance.

Cette nouvelle procédure n'est pas applicable si la proposition du juge d'instruction est formulée avant la première comparution devant la chambre du conseil qui a lieu dans les cinq jours de l'interrogatoire par le juge d'instruction. Il en est de même si la chambre des mises en accusation est saisie de l'appel d'une ordonnance de la chambre du conseil. La loi a voulu éviter une contradiction entre la décision de la chambre du conseil et celle de la chambre des mises en accusation. Toutefois l'inculpé peut être mis en liberté même dans ces deux hypothèses pour autant que le juge d'instruction en fasse la proposition et que le procureur du Roi reste en défaut de conclure ou remette des conclusions conformes. En effet l'alinéa 5 de l'article 6 de la loi du 20 avril 1874 n'entend déroger qu'à l'alinéa 4 du même article qui a pour seul objet de régler le recours à la chambre du conseil lorsque les conclusions du procureur du Roi sont contraires à la proposition du juge d'instruction.

2) Lors de la clôture de l'instruction préparatoire

S'il existe des charges suffisantes et s'il s'agit d'un fait punissable d'une peine correctionnelle ou s'il s'agit de la "correctionnalisation" d'un fait punissable d'une peine criminelle, la chambre du conseil décide à l'issue d'un débat contradictoire, le renvoi de l'inculpé devant le tribunal cor-

rectionnel (36). Elle peut à cette occasion le remettre en liberté (article 130 du Code d'instruction criminelle) (37). Elle peut aussi décider qu'il demeurera sous les liens du mandat d'arrêt. Dans ce cas, cette ordonnance conserve ses effets jusqu'à la décision de la juridiction de jugement et ne doit pas être confirmée mensuellement (38). Si la chambre du conseil estime que l'instruction est incomplète, elle sursoit à statuer: dans ce cas, l'inculpé demeure détenu.

Si la chambre du conseil rend une ordonnance de non-lieu, si elle renvoie l'inculpé devant le tribunal de police ou si elle le renvoie devant le tribunal correctionnel du chef d'un délit punissable de moins de trois mois d'emprisonnement ou d'une peine d'amende, l'intéressé sera remis en liberté (39).

L'appel de l'inculpé quant à la disposition de la décision qui le maintient en état de détention n'est pas recevable (40).

-
- (36) La chambre du conseil clôture ainsi l'instruction préparatoire et règle la procédure. Elle est compétente non seulement pour les délits mais elle peut en outre "correctionnaliser" les crimes par admission de circonstances atténuantes. Voir E. de le COURT, L'évolution de la chambre du conseil dans les lois pénales belges, Rev.dr.pén.crim., 1967-1968, p. 345 à 371.
- (37) Cette possibilité d'élargissement de l'inculpé a été introduite par la loi du 6 mars 1963. Voir J. VANDERVEEREN et F. FISCHER, La loi du 6 mars 1963 modifiant les articles 130 et 135 du Code d'instruction criminelle, J.T., 1964, p. 1 à 3.
- (38) Toutefois comme nous l'expliquerons plus loin le prévenu peut, dans cette hypothèse, introduire auprès du juge du fond une requête de mise en liberté.
- (39) Le ministère public et la partie civile peuvent interjeter appel de la décision de mise en liberté dans ces trois dernières hypothèses. Toutefois, la partie civile ne peut agir que dans la mesure de son intérêt qui est moins étendu que celui du ministère public.
- (40) Appel Liège (ch.mises en acc.) 17 juin 1970, J.T., 1970, p. 574 et les réquisitions écrites de M. l'Avocat général BIGAUX; T. HERMAN, op.cit., n° 106-107; J. VANDERVEEREN et F. FISCHER, op.cit., p. 3.

3) Après la clôture de l'instruction préparatoire

Une fois l'instruction préparatoire terminée, le prévenu détenu peut encore demander sa mise en liberté.

Il adressera une requête en ce sens: (41)

- au tribunal correctionnel depuis l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil jusqu'au jugement (42).
- à la Cour d'appel depuis l'appel jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel -
- à la chambre des mises en accusation depuis l'ordonnance de renvoi jusqu'à la notification de l'arrêt et pendant l'instance en règlement de juge.

D - L'incarcération ultérieure

L'inculpé, remis ou laissé en liberté, qui ne se représente pas aux actes ultérieurs de la procédure peut se voir décerner un mandat d'arrêt par le juge d'instruction, le tribunal ou la cour selon le cas. (art. 18 et 8 de la loi).

L'inculpé laissé en liberté pourra être arrêté préventivement si des circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire. Le mandat spécifiera ces circonstances (43). Cette spécification s'impose même lorsque le fait est punissable de quinze à vingt ans de travaux forcés (44) ou d'une peine plus lourde.

(41) Cass. 21 novembre 1972, Pas. 1973, I, 288.

(42) Cass. 27 novembre 1967, Pas. 1968, I, 405.

(43) Cass. 18 octobre 1965, Pas. 1966, I, 224.

(44) R. HAYOT de TERMICOURT. De la loi sur la détention préventive, Rev.dr.pén.crim., 1924, p. 396 -

§ 2 - L'ordonnance de prise de corps

Lorsqu'il existe à l'égard d'un inculpé des charges suffisantes du chef d'un crime, la chambre du conseil transmet la procédure au procureur général afin qu'il requiert de la chambre des mises en accusation le renvoi devant la cour d'assises (45). Elle peut alors décerner contre l'inculpé une ordonnance de prise de corps; elle peut en prescrire l'exécution immédiate. La chambre du conseil ne doit pas constater l'existence de circonstances graves et exceptionnelles pour pouvoir rendre cette ordonnance (46).

Si pareille ordonnance n'est pas décernée ou même si l'exécution immédiate n'est pas prescrite, l'inculpé sera libéré.

Dans l'hypothèse contraire l'inculpé restera en principe détenu jusqu'au prononcé de l'arrêt de la cour d'assises. Toutefois, l'accusé pourra à tout moment demander sa mise en liberté par requête déposée selon le cas devant la chambre des mises en accusation ou la cour d'assises. (Article 7 de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive) (47).

(45) Si le crime est susceptible de correctionnalisation (Loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes) et s'il existe des circonstances atténuantes, la chambre du conseil peut décider le renvoi devant le tribunal correctionnel qui ne pourra prononcer qu'une peine correctionnelle. La cour d'assises ne peut être saisie que par un arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation de la cour d'appel. A cette occasion, cette juridiction peut mettre en liberté l'accusé contre lequel une ordonnance de prise de corps avait été décernée par la chambre du conseil. Au contraire, elle peut aussi décerner une ordonnance de prise de corps à l'égard d'un accusé laissé en liberté par la chambre du conseil.

(46) R.P.D.B. V° Détention préventive n° 167 et sv...

(47) Sa requête sera adressée à la cour d'assises si celle-ci est en session ou sinon à la chambre des mises en accusation. Sa requête serait également recevable si elle est introduite depuis le recours en cassation jusqu'à l'arrêt de la Cour - Voir Cass. 8 juin 1971, Pas. 1971, I, 934.

§ 3 - L'arrestation immédiate (48)

Si le prévenu est acquitté ou s'il est condamné à une peine d'amende, à un emprisonnement avec sursis ou à un emprisonnement dont la durée est inférieure à la détention déjà subie, il sera remis en liberté, même si le ministère public interjette appel.

Si comparaissant en liberté, le prévenu est condamné à une peine d'emprisonnement, il ne pourra pas être incarcéré en exécution de cette décision avant que celle-ci ne soit plus susceptible de recours (49). Toutefois s'il est condamné à un emprisonnement de six mois au moins, l'arrestation immédiate pourra être ordonnée par la juridiction de jugement sur les réquisitions du ministère public et le prévenu entendu s'il y a lieu de craindre que celui-ci ne tente de se soustraire à l'exécution de la peine (art. 21 de la loi du 20 avril 1874). Cette incarcération constitue donc une mesure de détention préventive (50). Elle a pour objectif d'éviter que le condamné ne se soustraie à l'exécution de la peine. Elle ne présente aucun lien avec l'instruction préparatoire qui est terminée.

Si sur opposition ou appel la peine est réduite à moins de six mois, l'incarcération pourra être maintenue par la Cour ou le tribunal statuant à l'unanimité de ses membres, sur réquisition du ministère public, le prévenu entendu. Le mandement d'arrestation immédiate est l'accessoire de la décision de condamnation. C'est ainsi que si l'opposition a été formée contre le jugement rendu par défaut, la réception de l'opposition fait disparaître le mandement d'arrestation immédiate puisque le jugement rendu par défaut disparaît tout entier (51). Par contre

(48) E. JANSSENS, Le mandement d'arrestation immédiate. Rev. dr.pén.crim., 1951-52, p. 681 à 705 -

(49) C'est-à-dire susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation.

(50) Cass., 25 février 1929, Pas. I, 103.

(51) R. HAYOIT de TERMICOURT, op.cit., p. 412

serait non recevable l'opposition introduite contre la seule décision d'arrestation immédiate (52).

SECTION 2 - Les régimes dérogatoires au droit commun -

§ 1 - En matière militaire

La détention préventive des personnes soumises aux juridictions militaires est réglée essentiellement par le code de procédure pour l'armée de terre du 20 juillet 1814 (53). Dans l'ensemble, cette législation ancienne est moins soucieuse que la loi de 1874 du respect des droits individuels (54). Toutefois, deux correctifs importants ont été apportés. D'une part, les dispositions de la constitution et de la convention européenne des droits de l'homme sont applicables à la matière (55). D'autre part, l'action positive de la jurisprudence et de

(52) Cass., 14 mars 1932, Pas. 1932, I, p.110.

(53) La loi du 20 avril 1874 n'est dès lors pas applicable. Voir H. BOSLY, Propos sur la procédure pénale militaire, in: En hommage à Léon Graulich, Liège 1958, p.435 et sv...; A. VANDEVELDE, De la détention préventive et de la mise en liberté provisoire en matière militaire, Rev.dr.pén.crim. 1960-61, p.828 et sv...; O. VAN DE MEULEBROECK, op.cit., p. 168, 169 et 183.

(54) Ainsi une personne peut être détenue "si les circonstances le requièrent": l'existence de circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique n'est pas requise. En outre, il n'existe pas de juridiction d'instruction appelée à contrôler régulièrement la prolongation de la détention préventive. Enfin, l'auditeur militaire cumule les fonctions du ministère public avec celles de magistrat instructeur.

(55) Pour une application de l'article 5 par. 1 de la convention européenne des droits de l'homme, on lira le jugement du conseil de guerre de Bruxelles du 3 avril 1963 cité par J. VELU, La Convention européenne des droits de l'homme et la procédure pénale belge in: Mélanges offerts à Polys Médines, Paris, 1968, p. 415. Voir infra p.27.

la pratique judiciaire (56) a eu pour résultat que les inculpés bénéficient de garanties presque comparables à celles octroyées par la loi du 20 avril 1874 (57).

Dans ses grandes lignes, le régime de la détention préventive peut se décrire comme suit (58):

- Dans les vingt-quatre heures de son arrestation, le militaire comparait devant la commission judiciaire présidée par un magistrat, l'auditeur militaire et composée en outre de deux officiers (59).

(56) Nous entendons par là principalement une circulaire des Ministres de la guerre et de la justice du 2 avril 1880 (Rec.circ. Min. Justice 1879-1880, p.554) et la circulaire n° 2322 de l'Auditeur général près la cour militaire du 28 juillet 1955 citée par J. VANHALEWIJN: La détention préventive judiciaire en matière civile et militaire, Rev.dr.pén.crim., 1963-1964, p. 660, note 40.

(57) P. SCHETTER: Quelques aspects des droits de la défense en droit militaire belge, Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, 1964, p. 60.
J. VANHALEWIJN: La détention préventive judiciaire en matière civile et militaire, Rev.dr.pén.crim., 1963-64, p. 667.

(58) P. SCHETTER: op.cit., p. 60 et 61.

(59) Art. 19 du code de procédure pour l'armée de terre du 20 juillet 1814 et 35 du code de procédure pénale militaire du 15 juin 1899.

Seul l'Auditeur militaire a voix délibérative.

Cette commission peut-elle être considérée comme "un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires?". Dans un jugement du 3 avril 1963, le conseil de guerre de Bruxelles a répondu par l'affirmative à cette question:

"Attendu que l'auditeur militaire et ses substituts sont revêtus de la qualité de magistrats instructeurs et habilités par la loi belge à exercer des fonctions judiciaires... Que les prescriptions de l'article 5, par. 3 (de la Convention des droits de l'homme) ont donc été appliquées; Attendu que l'interprétation donnée par le prévenu au texte de l'article 5, par. 3 qui aurait pour but, selon lui, de faire traduire la personne arrêtée devant un juge ayant toutes les caractéristiques de la juridiction ajoutée au texte dudit par. 3 et ne peut être accueillie..." (cité par J. VELU, op.cit., p. 406).

- La commission judiciaire peut, après interrogatoire, décerner un mandat d'arrêt motivé.
- Si la durée du mandat d'arrêt est en principe illimitée, la commission judiciaire réexamine chaque mois l'opportunité de prolonger ou non la détention. En outre, à tout moment, la commission peut remettre la personne détenue en liberté.
Si à l'expiration d'un délai de deux mois, le conseil de guerre n'est pas saisi des poursuites, l'inculpé est expressément informé qu'il peut adresser à l'Auditeur général une requête écrite de mise en liberté (60).
- Dès que la juridiction de jugement est saisie des poursuites, l'Auditeur militaire, le prévenu ou son conseil (61) peuvent déposer auprès de cette juridiction une requête de mise en liberté et celle-ci doit statuer sur cette demande. En appel semblable requête peut être déposée auprès de la Cour militaire (62). Pareille requête est recevable même en cas de pourvoi en cassation jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation (63).

-
- (60) L'intervention de l'Auditeur général est basée sur le droit que lui reconnaît l'art. 123 du code de procédure pénale militaire du 15 juin 1899 "de remplir lui-même toutes les fonctions de la compétence des auditeurs militaires".
- (61) Art. 160, 161 et 165 du code de procédure pour l'armée de terre du 20 juillet 1814. Par exemple: cons. guerre Bruxelles (1ère chambre), 3 mars 1971 en cause R.A. (inédit) ainsi que Cour milit. 18 mars 1965 en cause N. (inédit).
- (62) Cour militaire 17 février 1966 en cause Delcourt (inédit); Cour milit. 19 juillet 1965 en cause Cornette cité par P. SCHETTER et P. VAN DER VONST, Chronique annuelle de droit pénal militaire, Rev.dr.pén.crim., 1966-67, p.192; A. VAN DE VELDEN, op.cit., p. 834; J. VANHALEMEN, op.cit., p. 665. La mise en liberté peut être ordonnée d'office ou sur les réquisitions du ministère public.
- (63) Cour milit. 6 février 1956 et les conclusions écrites de H. BOSLY, substitut de l'Auditeur général, cité par J. GILISSEN, Chronique de jurisprudence militaire, Rev.dr.pén.crim., 1955-56, p. 1099 et 1100.

- Enfin, tout récemment, la Cour militaire a décidé que l'inculpé avait le droit d'introduire une requête de mise en liberté auprès du Conseil de guerre et ce même avant la clôture de l'instruction préparatoire (64).
- En cas d'acquittement, de condamnation à une peine d'amende, à une peine d'emprisonnement avec sursis ou à une peine d'emprisonnement ferme, n'excédant pas la durée de la détention préventive, le prévenu sera remis en liberté (65).

Si dans la pratique le régime de la détention préventive des militaires présente des garanties similaires à celles dont bénéficient les détenus civils, il n'en demeure pas moins vrai que ces garanties sont insuffisamment consacrées dans les codes de procédure pénale militaire.

§ 2 - La matière des douanes et accises

L'article 22 de la loi du 20 avril 1874 dispose que cette loi n'est pas applicable à la matière des douanes et accises. La détention préventive est régie pour l'essentiel par la loi générale du 26 août 1822 et par le Code d'instruction criminelle.

Ce régime particulier peut se résumer ainsi (66):

-
- (64) Cour milit. 22 août 1974, J.T. 1974, p. 611... Dans cet arrêt, la Cour souligne que l'art. 5-4° de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme accordant à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention, le droit d'introduire un recours devant un tribunal, les militaires ne peuvent de toute évidence être privés de ce droit. A défaut de juridiction d'instruction à laquelle la loi belge aurait accordé compétence pour recevoir pareil recours, c'est le conseil de guerre et en appel la Cour militaire qui sont les tribunaux devant lesquels le recours peut être introduit.
 - (65) P. SCHETTER, op.cit., p.61; A. VAN DE VELDEN, op.cit., p. 834 et 835; J. VANHALEWIJN, op.cit., p. 666.
 - (66) P. VANGERVEN: La détention préventive et la mise en liberté provisoire en matière de douanes et accises, J.T., 1966, p. 385 à 388. R. JANSSENS de BISTHOVEN, Considérations sur la répression de la fraude en matière de douane, Rev.dr. pén.crim. 1959-60, p. 3 à 25. O. VAN DE MEULEBROEKE: Le

1) Arrêté par les agents de l'Administration des douanes, le délinquant est amené par la gendarmerie devant le procureur du Roi. Celui-ci est tenu de le déférer au juge d'instruction qui sera libre de délivrer ou non mandat d'arrêt (67).

2) Ce mandat d'arrêt ne devra pas être confirmé. Il vaut pour une durée de quatorze jours. A l'expiration de ce délai, l'inculpé sera remis en liberté à moins qu'il n'ait été cité entretemps à comparaître ultérieurement devant le tribunal correctionnel. Dans ce cas, la validité du mandat d'arrêt est prolongée indéfiniment jusqu'au jugement.

3) L'inculpé peut demander sa mise en liberté provisoire par requête adressée à la chambre du conseil ou au tribunal correctionnel (68). Sa libération ne peut être accordée que sous caution.

4) Le prévenu, comparaisant en liberté, condamné même à une peine d'emprisonnement de six mois au moins, ne peut pas être arrêté à l'audience au cours de laquelle il est condamné.

§ 3 - La matière de la protection de la jeunesse

Dans les cas prévus par la loi sur la protection de la jeunesse, les mineurs de moins de dix-huit ans peuvent faire

(67) La loi n'exige pas la présence de circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique. De même, il n'est pas nécessaire que l'infraction soit punissable de trois mois d'emprisonnement au moins.

(68) Appel Bruxelles 8 décembre 1971, Pas. 1972, II, 39;
A. MARECHAL: op.cit. p. 484 n° 432.
L'inculpé détenu adressera sa requête à la chambre du conseil tant que le tribunal correctionnel n'est pas saisi des poursuites. Mais dès que la citation directe émanant de l'Administration des douanes aura été notifiée, c'est au tribunal correctionnel qu'il adressera sa requête.
Voir Corr. Liège 9 juillet 1969, Rev.dr.pén. 1969-70, p.186.
L'exercice des recours contre une décision statuant sur une demande de mise en liberté provisoire est réservée au ministère public et non à l'administration des finances:
Cass. 24 janvier 1972, Pas. 1972, I, 503.
Appel Bruxelles 8 décembre 1971, J.T. 1972, p. 189.

l'objet d'une mesure de garde provisoire de la part du juge de la jeunesse en attendant de prendre l'une des mesures prévues par cette loi (69). S'il est matériellement impossible de trouver un particulier ou une institution susceptible de recueillir provisoirement le mineur sur le champ, le juge de la jeunesse peut le faire garder quinze jours maximum dans une maison d'arrêt (art. 53 de la loi du 8 avril 1965). Cette décision nous paraît susceptible d'appel de la part du ministère public et de la part du mineur et de ses parents (art. 58 de la loi du 8 avril 1965) (70).

Saisi dans des circonstances exceptionnelles et en cas d'absolue nécessité, le juge d'instruction peut prendre la même décision. Pareille ordonnance n'est toutefois pas susceptible d'appel (71). Ces décisions ne doivent en aucun cas être confirmées par la chambre du conseil.

§ 4 - La défense sociale (72)

La loi du 1er juillet 1964 qui remplace celle du 9 avril 1930 a prévu la possibilité pour les tribunaux d'ordonner l'internement (73) des auteurs de crimes ou délits qui se trouvent

(69) O. VAN DE MEULEBROEKE, op. cit., p. 170 -

(70) J. VAN COMPERNOLLE; L'organisation et le fonctionnement des tribunaux de la jeunesse, Annales de Droit, 1966, p. 80-81. Voir dans une espèce fort voisine: Trib. jeunesse Dinant 10 mars 1967, Jur. Liège 1966-67, p. 242.

(71) E. FRENCKEN; Le rôle dévolu au juge d'instruction, Annales de Droit, 1971, p. 151 et 152 -

(72) O. VAN DE MEULEBROEKE; le contrôle juridictionnel de la détention préventive, op. cit., p. 171.
Sur la loi de défense sociale, voir:
P. CORNIL; Une réforme de la loi belge du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux mentaux, Rev. Sc. crim. dr. pén. comp., 1968, p. 263 à 272 -

(73) L'internement est une mesure de sûreté de durée indéterminée emportant incarcération dans un établissement psychiatrique.

en état de démence, de débilité mentale grave ou de déséquilibre mental grave les rendant incapables du contrôle de leurs actions. A titre préventif, ces inculpés peuvent être placés en observation dans l'annexe psychiatrique d'une prison. Le contrôle juridictionnel de la mise en observation est similaire à celui de la détention préventive (confirmation dans les cinq jours lorsque le juge d'instruction a prescrit exceptionnellement que le mandat d'arrêt sera exécuté dans l'annexe psychiatrique, confirmation mensuelle de la mise en observation qu'elle soit ordonnée par la juridiction d'instruction ou par la juridiction de jugement). La mise en observation doit permettre de déterminer si l'inculpé, qui présente un danger social se trouve ou non dans un état d'anormalités susceptibles d'entraîner l'internement.

§ 5 - L'extradition (74)

L'étranger se trouvant sur le territoire belge qui fait l'objet d'une demande d'extradition sera placé sous mandat d'arrêt par le juge d'instruction dès que le mandat d'arrêt étranger aura été rendu exécutoire par la chambre du conseil. En cas d'urgence, l'étranger pourra être placé sous mandat d'arrêt sur un simple avis officiel émanant des autorités du pays où l'étranger est poursuivi. Cette privation de liberté peut se prolonger durant trois semaines ou trois mois selon que le pays requérant est situé ou non en dehors de l'Europe. L'arrivée des pièces justificatives de la demande d'extradition transforme l'arrestation provisoire en arrestation définitive. L'étranger pourra demander sa mise en liberté dans le cas où un citoyen belge jouit de cette faculté en s'adressant à la chambre du

(74) La loi du 15 mars 1874 constitue le siège de la matière. P.E. TROUSSE et J. VANHALEWIJN, Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken (Extradition et entraide judiciaire internationale en matière pénale), A.P.R., Larcier, Bruxelles, 1970; O. VANDE MEULEBROEKE, op.cit., p. 172 et 173.

conseil. Le ministre de la Justice peut, si la demande n'est pas conforme à la Convention, refuser de transmettre les pièces aux autorités judiciaires belges et décider de mettre en liberté la personne arrêtée.

Le gouvernement belge statue sur la demande d'extradition après avoir pris l'avis de la chambre des mises en accusation. L'intéressé est entendu par la cour d'appel et peut être assisté d'un avocat.

§ 6 - L'arrestation à bord des navires belges

L'individu poursuivi ou condamné qui se trouve à bord d'un navire belge sera privé de sa liberté par le capitaine dès que celui-ci aura reçu à l'intervention du Ministre de la Justice la copie de l'ordonnance du magistrat. L'intéressé restera détenu jusqu'à son retour en Belgique et les délais prévus par la loi sur la détention préventive ne prendront cours qu'à partir de son transfert dans une prison belge (75). Lorsqu'un crime ou un délit aura été commis pendant le voyage d'un navire, le capitaine dressera procès-verbal des faits et remettra le suspect au commissaire maritime qui le fera emprisonner s'il y a lieu, en attendant la décision du magistrat instructeur (76). Si une infraction grave a été commise par le capitaine, le consul ou le commissaire maritime pourront assurer son renvoi dans un port belge (77).

(75) Loi du 30 mars 1891, art. 1 et 2.

(76) Art. 79 et sv. de la loi du 3 juin 1928 portant révision du Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime.

(77) Art. 83 de la même loi.

L'étranger qui fait l'objet d'une demande d'extradition adressée à la Belgique et qui se trouve sur un navire belge peut être arrêté provisoirement par le capitaine sur requête du juge d'instruction. Le mandat d'arrêt provisoire ne prendra cours qu'à partir du moment où le suspect aura été transféré dans une prison du Royaume (78).

(78) Art. 5 bis de la loi sur les extraditions.

CHAPITRE III

LES DETENTIONS ILLEGALES ET ARBITRAIRES

La liberté individuelle est garantie (article 7 de la Constitution). D'autre part nous venons d'analyser la nature, le sens et la portée des différentes mesures qui, en matière de détention préventive, apportent des dérogations à ce principe. Ces mesures, il l'a déjà été dit à de multiples reprises, revêtent un caractère exceptionnel qui doit être sauvegardé. Il importe dès lors d'examiner maintenant, d'une part, le sort réservé aux détentions subies et maintenues en violation des règles prescrites ainsi que les sanctions qui, dans notre droit positif, frappent ces atteintes illégales et arbitraires à la liberté individuelle - mesures réparatrices et répressives - et, d'autre part, les dispositions prévues pour empêcher celles-ci - mesures préventives.

Les articles 147, 152, 155 à 159 du titre II du code pénal (Des crimes et des délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution) punissent les détentions illégales et arbitraires commises, sous différentes formes, par des fonctionnaires et officiers publics, c'est-à-dire des dépositaires du agents de l'autorité ou de la force publique, dans l'exercice de leurs fonctions (79). Ils instituent, à titre exceptionnel, la responsabilité personnelle des magistrats en raison des

(79) Voy. l'analyse de ces articles dans M. BIGAUX et P.E. TROUSSE, Les crimes et les délits du code pénal, t. 2 Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1952; Les NOVELLES, Droit pénal, t. 2, Bruxelles, Larcier, 1967, n° 1148 et sv.; J. VERHAEGEN, La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité, Bruxelles, Bruylant, 1969.

actes de leurs fonctions (80) et permettent à la victime, sous réserve des règles relatives au privilège de juridiction (articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle), de faire valoir ses droits à réparation.

L'article 147 prévoit une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans (sous réserve de l'existence d'une circonstance aggravante résultant de la durée de la détention) à l'encontre du titulaire d'une fonction ou d'une charge publique qui aura illégalement et arbitrairement détenu ou fait déténir une ou plusieurs personnes. La détention est illégale si elle excède, ratione personae, ratione materiae ou ratione loci, les pouvoirs et les droits conférés par les lois et les règlements qui régissent la matière; l'illégalité vise, outre le vice de compétence, le vice de forme et des irrégularités internes (arrestation en dehors des cas ou pour des motifs autres que ceux prévus par la loi). La détention est arbitraire si l'auteur de l'infraction a abusé de ses fonctions, sachant qu'il commettait un acte illégal. A cet égard, à l'encontre d'une position longtemps affirmée par des auteurs, la doctrine la plus récente enseigne qu'il ne faut point voir dans le mot arbitraire l'exigence d'un dol spécial - un élément de malveillance ou d'intérêt personnel: la simple connaissance objective par le fonctionnaire de l'illégalité de la mesure suffit, la loi visant essentiellement à atteindre tout

(80) la seconde exception au principe de l'immunité légale des magistrats, empêchant la personne lésée par une faute commise dans l'exercice de leurs fonctions de leur intenter une action en responsabilité selon le droit commun, est la procédure de prise à partie pour les causes et dans les conditions réglées par les articles 1140 et sv. du code judiciaire; hors les cas de dol, de fraude ou de déni de justice, il ne peut y avoir prise à partie que si elle est expressément prononcée par la loi ou si celle-ci déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts. Ainsi, par exemple, l'article 112 du code d'instruction criminelle autorise expressément la prise à partie contre le juge d'instruction ou le procureur du roi en cas d'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener et d'arrêt. Quant à la responsabilité civile du fonctionnaire commettant une infraction dans l'exercice de ses fonctions, voy. M. RIGAUX et P.E. THOUSSE, Les crimes

excès de zèle (81). Cette restauration du sens réel de la loi, fondée sur l'analyse exégétique des travaux préparatoires, engendre une conséquence importante, à savoir que l'acte commis par l'agent du pouvoir ne pourra être justifié ni excusé par le seul fait que son auteur avait l'intention louable, quoique excessive, de servir la chose publique. Protéger l'ordre public au mépris de la Constitution est sans conteste un abus d'autorité. La rigueur de la répression s'en trouve accrue considérablement; l'on doit en espérer un accroissement proportionnel de la liberté individuelle.

L'article 152 institue une cause d'excuse absolutoire spéciale au profit des agents d'exécution lorsque ceux-ci ont agi en vertu d'ordres donnés par leurs supérieurs hiérarchiques dans le cadre de leurs attributions, pour autant toutefois que l'ordre ne soit pas manifestement illégal (82). Dans ce cas, la peine portée par l'article 147 sera appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre et les agents d'exécution seront exemptés de toute peine.

Les articles 155 et 156 du code pénal répriment, quant à eux, deux formes d'omission de faire cesser une détention illégale: soit que le fonctionnaire ou l'officier public chargés de la police administrative ou judiciaire a négligé ou refusé de faire cesser une détention illégale dont il avait connaissance alors qu'il avait le pouvoir de le faire, soit qu'il a négligé ou refusé de constater pareille détention et de la dénoncer à l'autorité compétente, ne possédant pas le pouvoir de

(81) J. VERHAEGEN, La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité, Bruxelles Braylant, 1969, p. 133, sv. et 140 sv.

(82) Voy. la réfutation de la thèse selon laquelle l'article 152 constituerait une cause de justification, dans: J. VERHAEGEN La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité, ibid., p. 163 à 170, spécialement notes (46) et (49) et les références citées.

le faire cesser. Il importe à cet égard de distinguer, d'une part, si la détention est couverte par un titre régulier en la forme mais illégal, auquel cas seul le juge d'instruction et le procureur du Roi pourront provoquer la cessation de la détention en suivant les règles de la procédure criminelle et de la loi sur la détention préventive et, d'autre part, si le titre est irrégulier en la forme car, dans cette hypothèse, tous les fonctionnaires ayant accès, en raison de leurs charges, aux établissements pénitentiaires pourront mettre fin à la détention: procureur du Roi (article 32 du code d'instruction criminelle), juge d'instruction présidents des cours et tribunaux, gouverneur de province, bourgmestre (articles 611-612 du code d'instruction criminelle voy. infra) (83). Enfin, si la détention illégale a lieu en dehors des établissements pénitentiaires, le pouvoir de la faire cesser appartient en outre aux commissaires de police et aux officiers de gendarmerie.

L'article 157 du code pénal vise tous ceux qui sont préposés à la garde des détenus dans les établissements pénitentiaires et qui ne respectent pas les devoirs et les obligations qui leur sont imposés, dans le but de respecter la liberté individuelle contre les détentions illégales (84). Les principaux actes visés sont, d'une part, avoir reçu un détenu sans mandat légal - en espèce, le mandat d'arrêt décerné par le juge d'instruction confirmé dans les 5 jours et ensuite mensuellement par la chambre du conseil; la décision de la juridiction d'instruction renvoyant le prévenu sous les liens du mandat d'arrêt devant le tribunal compétent; le jugement ou l'arrêt prononçant ou maintenant une arrestation immédiate; l'ordonnance de prise de corps -, et, d'autre part, avoir retenu un prisonnier au delà du temps prévu pour la détention - mandat d'arrêt non confirmé dans le délai légal, main-levée du mandat d'arrêt, ordonnance

(83) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, Les crimes et les délits du code pénal, t. 2, p. 201 et sv.

(84) Les NOVELLES, Droit pénal, t. II, 1967, n° 1184.

de non-lieu, décision d'acquittement, condamnation avec sursis, condamnation à une peine égale ou inférieure à la détention subie.

L'article 159 du code pénal, enfin, dont l'application est aujourd'hui relativement rare, punit la détention en dehors des lieux déterminés par le Gouvernement.

En ce qui concerne les détentions illégales et arbitraires commises par des particuliers, ce sont les articles 434 à 438 du titre VII du code pénal (Des crimes et des délits contre les personnes) qui sont d'application. Il ne s'agit donc point en l'espèce, à l'instar des articles 147 et suivants, de délits contre la chose publique, mais bien de délits privés. Une peine correctionnelle, identique à celle qui frappe le fonctionnaire, dont la durée varie avec la durée de la séquestration, punit celui qui aura détenu ou fait détener une personne, sans ordre de l'autorité et hors les cas où la loi permet ou ordonne l'arrestation des particuliers. La peine sera de nature criminelle si la personne ainsi détenue a été menacée de mort ou soumise à des tortures corporelles.

Les articles 609, 611 et 612 et 615 à 618 du code d'instruction édictent, quant à eux, des mesures générales et particulières destinées à empêcher les détentions illégales et arbitraires (85).

Il incombe à tout citoyen, à titre d'obligation morale, de dénoncer au juge d'instruction, au juge de paix, au procureur du roi ou au procureur général près la cour d'appel, une détention subie dans un lieu qui n'est pas destiné à servir de maison d'arrêt ou de prison (article 615); il appartient ensuite au juge de paix, à l'officier du ministère public ou au juge

(85) A. MARECHAL, Des moyens d'assurer la liberté individuelle contre les détentions illégales et d'autres actes arbitraires, Les NOVELLES, Procédure pénale, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1946, pp. 485-487, n°444-470.

d'instruction de se transporter sur les lieux et de faire mettre en liberté la personne illégalement détenue, sous peine d'être poursuivi comme complice d'arrestation arbitraire. Si une cause légale de détention est invoquée, la personne doit être conduite sur le champ devant le magistrat compétent (article 616).

Lorsqu'il s'agit, en revanche, d'une détention illégale subie dans une maison d'arrêt ou une prison régulière, nous avons vu la double obligation qui s'impose aux fonctionnaires publics, soit de la faire cesser s'ils en ont le pouvoir, soit, à défaut, de la dénoncer (articles 155 à 156 du code pénal, voy^o supra). Dans ce dernier cas, les personnes investies du pouvoir, et dès lors de l'obligation, de faire cesser la détention illégale devront y mettre fin sous peine d'être poursuivies comme complices de détention arbitraire (article 616 du code d'instruction criminelle).

Des mesures préventives générales sont instituées par les articles 611 et 612 du code d'instruction criminelle: la visite obligatoire, au moins une fois par mois, par le juge d'instruction des personnes détenues dans la maison d'arrêt de l'arrondissement et au moins une fois au cours de chaque session de la cour d'assises, par le président de cette cour; d'autre part, la visite de toutes les prisons et de tous les prisonniers de la province par le gouverneur de celle-ci au moins une fois par an et la visite au moins une fois par mois par le bourgmestre des maisons d'arrêt et des prisons de sa commune.

Enfin, des obligations spéciales sont imposées aux gardiens de prison, notamment montrer, sur réquisition, la personne du détenu ou, à défaut, l'ordonnance de mise au secret (articles 609 et 618 du code d'instruction criminelle). S'il se refuse à l'une de ces obligations, le gardien sera poursuivi comme auteur ou complice de détention arbitraire et puni des peines prévues à l'article 157 du code pénal.

CHAPITRE IV

L'INDEMNISATION DES VICTIMES DE LA DETENTION PREVENTIVE

Les articles 27, 28 et 29 de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive, y insérés par les articles 5 et 6 de la loi du 13 mars 1973, organisent, pour la première fois dans notre droit, l'indemnisation des victimes de la détention préventive (86).

Deux hypothèses sont retenues. D'une part, la détention qui est incompatible avec les dispositions de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: dans ce cas, il s'agissait pour le législateur belge de combler une lacune de notre droit interne, à savoir l'absence dans le chef du justiciable d'un droit de recours en cas de violation des garanties qu'impose la Convention, et d'assurer ainsi la conformité de celui-ci avec les règles de droit international conventionnel ayant une force juridiquement obligatoire. D'autre part, certaines cas de détention préventive injustifiée. Les sanctions pénales et civiles que nous venons de rappeler (V. Chapitre III: Les détentions illégales et arbitraires) en cas d'infraction ou de faute commise par les agents de l'Etat ne suffisent point en effet à protéger la liberté des citoyens contre le pouvoir. Outre l'exercice abusif du pouvoir - des actes irréguliers de l'administration de la justice lorsque le juge viole les conditions légales du mandat d'arrêt -, créant une situation de détention illégale et arbitraire, des atteintes à la liberté peuvent être également le résultat de l'exercice légal du pouvoir. Une détention réunissant les conditions

(86) voy. F. BERNARD - TULKENS et H. BOSLY, La loi du 13 mars 1973 - Réformes de type procédural, Indemnisation, Rev. dr. pén. crim., 1973-74, pp. 797 à 841.

formelles et matérielles de sa légalité peut se révéler injustifiée pour d'autres motifs et dès lors être injustement dommageable. Un préjudice est subi qui doit être réparé.

A. Détention incompatible avec les dispositions de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvée par la loi belge du 13 mai 1955.

En application de l'article 5 § 5 de la Convention, qui est une règle d'ordre normatif, l'article 27 § 1 nouveau de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive ouvre expressément un droit à réparation dans le chef de toute personne victime d'une arrestation et d'une détention ordonnées ou subies dans des conditions contraires aux dispositions limitativement énumérées aux § 1 à 4 de cet article (87). En raison des termes généraux de l'article 5 § 5 de la Convention ("dans des conditions contraires aux dispositions de cet article"), le droit à réparation peut être invoqué non seulement à l'encontre d'une décision illégale mais également à l'encontre d'une décision conforme à la loi nationale et qui aurait enfreint une des conditions prévues à l'article 5 de la Convention.

L'article 5 § 5 de la Convention, qui attribue à la personne préjudiciée un droit à réparation, engendre pour les Etats signataires l'obligation de reconnaître un droit d'action, c'est-à-dire la possibilité juridique d'intenter une action en réparation. L'article 27 § 2 nouveau de la loi belge précise la personne titulaire de l'obligation corrélatrice au droit à réparation résultant d'une faute consacrée par § 1 et organise la mise en oeuvre de l'exercice de ce droit. A cet égard, deux questions se sont posées à notre législateur: (a) contre qui et

(87) Le champ d'application de l'article 27 § 1 nouveau dépasse celui de la seule détention préventive. Est visée, en effet, toute privation de liberté, que ce soit sous la forme d'une arrestation ou d'une détention préventive.

(b) devant quelle instance juridictionnelle l'action en réparation doit-elle être dirigée?

(a) Ecartant la solution éventuelle d'une responsabilité civile personnelle du magistrat "qui aurait pour effet inéluctable d'entraver voire de paralyser dangereusement l'exercice de l'action publique" (88), le législateur de 1973 institua la responsabilité civile de l'Etat du chef d'arrestation ou de détention prescrite dans les conditions évoquées ci-dessus.

Cette responsabilité de l'Etat à raison des fautes commises par les magistrats constitue, dans notre droit positif, une innovation (89). En l'espèce, elle fut retenue en ce qu'elle consacrait plus efficacement le droit à réparation de la victime (90).

(b) Le droit à réparation consacré par l'article 27 nouveau de la loi du 20 avril 1874 est inséparable de sa protection juridictionnelle. Quant au choix, dès lors nécessaire, de l'instance juridictionnelle devant laquelle l'action en réparation doit être intentée, il dépend de la nature reconnue au droit à réparation. Décidant qu'il s'agissait d'un droit subjectif

(88) J. VELU, La convention européenne des droits de l'homme et la procédure pénale belge, in: Mélanges offerts à P. MODINOS, Paris, Pedone, 1968, p. 433, n° 49 in fine.

(89) "Les actes du juge n'engagent point, dans l'ordre interne, la responsabilité civile de l'Etat", C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 575; voy. aussi C. CAMBIER, Responsabilité de la puissance publique, Bruxelles, Larcier, 1947, p. 343 et P. WIGNY Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 1953, n° 400, p. 306. Sur la responsabilité de l'Etat à raison des actes non fautifs des juges et l'analyse, en général, de ce principe, voy. infra B. Demande d'indemnisation dans certains cas de détention préventive injustifiée, 3) La demande d'indemnisation, b) la charge de l'indemnité, p.

(90) Exposé des motifs, Documents parlementaires, Chambre, 1968-69, n° 472-1 p. 7.

de nature civile (91), le législateur institua, en toute logique, conformément à l'article 92 de la Constitution (tout litige portant sur un droit subjectif doit être déféré devant une juridiction contentieuse) la compétence des tribunaux judiciaires: l'action sera portée devant les juridictions ordinaires dans les formes prévues par le code judiciaire.

B. Demande d'indemnisation dans certains cas de détention préventive injustifiée.

L'article 28 nouveau de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive, qui organise cette matière, répond à un souci d'équité et de justice. Il dépasse la stricte exigence de mettre notre droit interne en harmonie avec les obligations internationales contractées par la Belgique; et il y a tout lieu de se réjouir de l'instauration d'un régime qui pourrait offrir à la liberté individuelle des garanties supplémentaires.

Il y a toutefois une différence essentielle entre l'article 27 et l'article 28 qui explique la différence de régimes adoptés dans l'un et l'autre cas. Alors que le droit à réparation de l'article 27 est accordé en raison d'une faute - privation de liberté résultant d'une violation d'une règle du droit -, l'indemnité dont il sera question ici revêt le caractère d'une réparation d'un dommage exceptionnel: il y a eu correcte application de la loi et absence de faute, la détention préventive a été prononcée et subie de manière régulière, mais en raison de certaines circonstances, indépendantes de la volonté de l'agent, elle se révèle par après être ou avoir été inutile et de ce fait un préjudice a été subi.

(91) Sur la nature civile (très largement admise) de ce droit qui touche au statut des personnes, voy. A. MAST, Précis de droit administratif Belge, Gand, E. Story Scientia, 1966, p. 325, n° 447; C. CAMBIER, Principes du contentieux administratif, Bruxelles, Larcier, 1961, t. I, p. 336; P. WIGNY, Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 1953, n° 458.

Il importe, dès l'abord, de tracer les frontières du système d'indemnisation organisé. D'une part, à l'encontre de l'article 27 qui vise toute privation de liberté, l'article 28 limite son champ d'application à la détention préventive. Il ne concerne pas les inculpés indûment poursuivis qui n'ont pas subi de détention, soit parce qu'ils ont commis des délits que notre procédure pénale soustrait à l'application de la détention préventive, soit, de manière générale, parce que n'existaient pas, dans leur chef, les circonstances graves et exceptionnelles requises pour justifier la détention. C'est uniquement le dommage causé par la détention préventive que la loi entend indemniser et non le dommage résultant pour le prévenu acquitté de l'instruction elle-même, des mesures provisoires prises pendant celle-ci (saisie, retrait du permis de conduire, etc...) ou de la mise en jugement.

D'autre part, la loi nouvelle prévoit l'indemnisation en faveur des détenus mis ultérieurement hors cause et écarte délibérément une telle possibilité pour les prévenus reconnus coupables mais qui ont subi une détention dont la durée est plus longue que la peine prononcée, ou à exécuter - dans les cas de suspension du prononcé, d'amende, de sursis partiel ou total notamment. Il a été estimé à cet égard que l'octroi d'une indemnité constituerait une atteinte à l'indépendance du juge d'instruction et de la juridiction de jugement - laquelle, en outre, pourrait avoir tendance, dans ce cas, à prononcer des peines dont la durée couvre la détention préventive déjà subie.

1) Conditions de la demande

Pour l'ensemble des hypothèses retenues de détention préventive sans justification (voy. infra, a, b, c, d.), la loi impose deux conditions préalables relatives à la détention subie elle-même ou à son maintien. Elle ne peut être inférieure à huit jours, ce qui permet donc une première comparution en chambre du conseil; d'autre part, elle ne peut avoir été provoquée

par le comportement fautif, ou même seulement négligent, de la personne, avant ou pendant l'instruction. Le caractère général et relativement imprécis de cette seconde condition, dont l'appréciation incombe au seul ministre appelé à statuer sur la demande d'indemnité, est susceptible, si l'on n'y prend garde, de restreindre considérablement l'application du système d'indemnisation.

L'article 28 § 1 a), b), c), et e) énumère ensuite, limitativement, une série de cas donnant ouverture à indemnisation.

a) Décision définitive de mise hors cause d'une juridiction de jugement

Pourra prétendre à une indemnité, la personne détenue qui a été mise hors cause directement par une décision d'acquittement coulée en force de chose jugée. Une telle décision, quelles que soient les raisons de droit ou les considérations de fait sur lesquelles elle est fondée, est revêtue de l'autorité de la chose jugée et à valeur absolue; elle s'impose erga omnes et est l'expression de la vérité judiciaire. Une personne acquittée est juridiquement innocente. Il s'ensuit que l'indemnité lui sera allouée, sans que l'autorité compétente puisse, en aucune manière, apprécier la valeur de l'acquittement intervenu.

La loi prévoit aussi la mise hors cause indirecte. De l'ensemble des travaux préparatoires, il résulte toutefois qu'il ne faut point attribuer une portée juridique spécifique à cette expression qui vise la mise hors cause de l'inculpé résultant d'une décision judiciaire définitive, rendue ou non par une juridiction répressive, condamnant un tiers pour les mêmes faits que ceux qui ont donné lieu à l'arrestation et à la détention de l'intéressé. Si la précision introduite par ce concept inhabituel dans notre droit de mise hors cause indirecte est utile, elle n'était cependant point indispensable car l'hypothèse envisagée se retrouve en fait directement ou indirectement dans les autres cas donnant ouverture à indemnisation.

b) Décision de non-lieu complétée par la preuve de l'innocence

Les ordonnances ou les arrêts de non-lieu émanant des juridictions d'instruction qui sont fondés sur l'insuffisance des charges ne sont pas revêtus de "l'autorité de la chose irrévocablement jugée": une reprise de l'instruction est possible à raison du même fait s'il survient des charges nouvelles (92). Une mise hors cause donnant ouverture à indemnisation ne peut dès lors être fondée sur des décisions de ce type, d'autant plus que cela reviendrait à conférer au ministre ce qui est le privilège des juridictions d'instruction et de jugement. Toutefois, puisque l'indemnisation de la détention préventive est admise après acquittement, le gouvernement a estimé qu'il serait contraire à l'équité de ne pas donner au détenu qui n'a pu obtenir une décision d'acquittement en l'absence d'éléments suffisants justifiant son renvoi devant une juridiction de jugement, la possibilité de prouver son innocence à l'aide de tous éléments de fait ou de droit. Tel est le système qui est adopté par la loi du 13 mars 1973.

Hormis certains cas évidents, tel le meurtre qui est en réalité un suicide ou l'aveu du crime par un tiers, on peut se demander si cette preuve n'est pas difficile, voire même impossible, à apporter; l'expérience de la pratique le révélera. D'autre part, ce système crée une inégalité de charges entre le détenu dans le chef duquel on n'a pu relever des indices suffisants et celui qui est cité devant la juridiction de jugement et acquitté par celle-ci. Pour prétendre à indemnité, le premier doit apporter la preuve de son innocence laquelle n'est pas requise pour le second, quels que soient les motifs qui ont fondé son acquittement. Enfin, le fait qu'il appartient au ministre d'apprécier les éléments nouveaux invoqués à titre de preuve de

(92) FAUSTIN-HELIE, Traité de l'instruction criminelle, Bruxelles Bruylant, 1863, t. 1, pp. 584-588, n° 1035-1313 et t. 2 pp. 506-508, n° 2879-2885.

l'innocence et d'octroyer l'indemnité si ceux-ci lui paraissent établis est de nature à porter atteinte au pouvoir des autorités chargées d'apprécier l'existence des charges nouvelles.

c) Détention après la prescription de l'action publique

Tout en estimant, à juste titre, qu'il serait excessif d'accorder une indemnité dans tous les cas où l'action publique est éteinte par prescription, c'est-à-dire lorsque c'est uniquement grâce à la prescription que le détenu a été mis hors cause (93), le législateur reconnaît toutefois que serait sans fondement ni justification l'arrestation ou la détention s'étendant au-delà de la date où l'action publique est éteinte par prescription; et il permet dès lors la demande d'indemnisation dans ce cas.

d) Décision de non-lieu constatant l'absence d'infraction

Peut prétendre à l'indemnité la personne qui a bénéficié d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu qui constate expressément que le fait qui a donné lieu à la détention préventive ne constitue pas une infraction.

Dans ce cas, qui est fondé sur l'article 128 du code d'instruction criminelle, le législateur estime que la mise hors cause peut être établie sans que l'intéressé doive apporter une preuve supplémentaire. De ce fait, il assimile le non-lieu justifié par l'absence de crime ou de délit à la décision définitive de mise hors cause par une juridiction de jugement. Il s'agit bien d'une assimilation en l'espèce car, en soi, une décision de non-lieu constatant l'absence d'infraction n'est pas nécessairement définitive en tout état de cause: elle n'est définitive que dans l'état des faits constatés par l'instruction. (94)

(93) voy. sur ce point R. SOREVENS, L'indemnisation de la détention préventive non justifiée, Rev.dr.pén.crim., 1970-71, pp. 566-567, n° 20.

(94) Voy. FAUSTIN-HELIE, Traité de l'instruction criminelle, Bruxelles, Bruylant, 1863, t.1, p. 588, n° 1313.

2) L'indemnité

Si les conditions fixées à l'article 28 § 1 sont remplies, le détenu "pourra prétendre à une indemnité". Le montant de celle-ci "est fixé en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé" (article 28 § 2).

Ces textes s'inspirent directement de l'article 447 du code d'instruction criminelle et des articles 7 bis et 11 (anciennement 7) de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat, modifiée par la loi du 3 juin 1971, réglant la compétence du Conseil d'Etat en matière de contentieux de l'indemnité.

La référence expresse, dans l'exposé des motifs et les travaux préparatoires, aux articles précités de la loi du 23 décembre 1946 revêt une importance considérable. En effet, comme le soulignent les auteurs de droit administratif, "saisi d'une demande d'indemnité, le Conseil d'Etat ne se prononce point en droit sur un conflit de droit mais en équité sur un conflit d'intérêts non protégés par une loi" (95). Il en résulte dès lors qu'en l'espèce le législateur n'a pas voulu conférer au requérant un droit subjectif à indemnité; il s'agit seulement dans son chef, d'un intérêt à obtenir réparation non d'une faute mais d'un préjudice qualifié c'est-à-dire d'un dommage exceptionnel causé par le fonctionnement de la justice.

(Sur le caractère néanmoins obligatoire de l'indemnité, voy. infra, p. 50). Dans l'exposé des motifs, le ministre estimait qu'il n'était pas nécessaire ni opportun de reconnaître un droit à réparation dans les cas visés à l'article 28, en raison du fait que la détention préventive, en l'espèce, n'était le

(95) C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, Larcier 1968, p. 517; voy. l'analyse critique de ces critères: droit subjectif v. intérêt d'une part, droit objectif v. équité, d'autre part, dans A. MAST, Le Conseil d'Etat et le contentieux d'indemnité, in: Mélanges en l'honneur de J. DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. 2, p. 785 sq.

résultat d'aucune faute ni d'aucune violation de la loi. Le Conseil d'Etat fit certes observer qu'un droit à indemnité ayant un caractère civil pouvait exister dans qu'il soit nécessairement fondé sur la théorie de la faute. C'est le cas notamment en matière de troubles de voisinage provoqués par un particulier ou par l'Etat (96). Le législateur n'a toutefois pas voulu s'engager dans cette voie qui conduisait nécessairement à l'attribution de compétence aux juridictions ordinaires, ce qui dans l'hypothèse envisagée était jugé indésirable et néfaste (voy. infra, p.).

D'autre part, la réparation est soumise à un régime analogue à celui qui est prévu en matière de réparation d'un dommage exceptionnel. Elle se fera non point selon la règle du droit objectif mais selon les exigences de l'équité, en l'espèce, "en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé". Il sera tenu compte du dommage moral et du dommage matériel appréciés in concreto en fonction de chaque cas particulier mais aussi nécessairement au regard des charges ainsi entraînées pour la collectivité. Cependant, si les conditions prévues sont remplies, "l'indemnité sera allouée", ce qui confère à celle-ci un caractère obligatoire. Seul son montant sera soumis au droit d'appréciation du ministre, ou, en cas de recours, de la Commission.

3) La demande d'indemnisation et les règles de procédures y afférent (article 28 § 3 et § 4).

Trois questions seront successivement envisagées sous ce titre:

- a) la demande, introduction et décision -
- b) la charge de l'indemnité -
- c) les voies de recours -

(96) Cass. 6 avril 1960, Revue critique de jurisprudence belge, observations J. DABIN, 1960, p. 280 sv.

a) la demande; introduction et décision

A défaut pour l'intéressé de pouvoir intenter une action en indemnisation devant les juridictions ordinaires, l'indemnité doit être demandée par requête écrite adressée au Ministre de la Justice qui statue, en principe, dans les six mois. L'indemnité devra être allouée si les conditions prévues à l'article 28 § 1 sont remplies.

La demande d'indemnisation pour détention préventive injustifiée revêt, dans notre droit, un caractère supplétif c'est-à-dire que s'il existe pour la personne préjudiciée la possibilité d'intenter une action en indemnisation devant une juridiction ordinaire, cette voie doit être choisie par préférence (97). Cette possibilité existera, en fait, dans trois hypothèses. Les deux premières, qui ont déjà été envisagées, permettent d'obtenir réparation du magistrat lui-même: soit s'il a commis une des infractions prévues aux articles 147 et suivants du code pénal, soit s'il peut être poursuivi par la voie de la prise à partie (voy. supra chapitre III. Détentions illégales et arbitraires p. 33). La troisième hypothèse concerne une détention préventive que l'on pourrait qualifier de mixte, c'est-à-dire, qui se révélerait à la fois injustifiée au sens du présent article 28 et incompatible avec l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme; dans ce cas c'est l'article 27 nouveau de la loi du 20 avril 1974 soumettant l'action en réparation aux juridictions ordinaires qui devra être appliqué.

(97) Sur les difficultés soulevées en droit interne par le caractère supplétif de la demande d'indemnisation, voy. F. BERNARD-TULKENS et H. BOSLY, La loi du 13 mars 1973, Rev. dr. pén. crim., 1973-74, p. 823 à 825.

si les conditions prévues à l'article 28 § 1 sont remplies et ne peut introduire dans sa décision d'autres éléments d'appréciation (article 28, § 3, al. 2 in fine: "si les conditions prévues au § 1 sont remplies"). En d'autres termes, le ministre n'appréciera pas le bien-fondé de l'affaire, ce qui le conduirait à une censure indirecte des décisions des tribunaux. Il ne se prononcera pas sur la culpabilité en l'absence de culpabilité, le droit de jugement ne lui appartenant pas.

b) La charge de l'indemnité

Nous avons déjà vu qu'il n'existe dans notre droit positif que deux cas où il est permis d'obtenir réparation du magistrat lui-même: s'il a commis une des infractions prévues aux articles 147, 155 et 156 du code pénal ou s'il est poursuivi par la voie de la prise à partie, conformément à l'article 1140 du code judiciaire (voy. supra ch. III, Détentions illégales et arbitraires p. 35-36 et la note 71). D'autre part, pour les motifs déjà invoqués lors de l'analyse de l'article 27 nouveau consacrant le droit à réparation pour violation de l'article 5 de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme, le législateur de 1973 n'a pas voulu lever l'immunité personnelle du magistrat (voy. supra p. 43). A l'instar de l'article 447 du code d'instruction criminelle, il a dès lors été décidé en l'espèce que "l'indemnité sera allouée par le ministre de la justice à charge du trésor" (article 28 § 3, al. 2).

Il s'agit d'une responsabilité sans faute de l'Etat du chef des actes des magistrats. Si la responsabilité sans faute de l'Etat est actuellement reconnue dans notre droit positif (100), il n'en va pas de même de la responsabilité de l'Etat du chef des actes des magistrats.

L'article 28 nouveau de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive constitue-t-il dès lors, avec

(100) Voy. l'évolution et l'état de la question en Belgique dans: Avis du Ministère Public avant Bruxelles, 1er septembre 1970, R.W. 1970-71, col. 268-270.

inepportun en la matière; d'autre part, plus fondamentalement, il a été souligné, à juste titre, que ce système ne garantissait pas les droits de la défense, par exemple que l'intéressé soit entendu en ses moyens (99). Nous regrettons quant à nous que cette dernière objection n'ait pas eu plus d'échos et que, pour des raisons d'opportunité, le législateur n'ait pas cru pouvoir confier aux tribunaux le soin de fixer dans chaque cas d'espèce le montant de l'indemnité (comp. l'article 258 du code pénal: dans une matière aussi grave que le déni de justice, le législateur n'a pas hésité à confier aux organes du pouvoir judiciaire l'appréciation des actes d'autres magistrats). Les arguments invoqués en 1894, lors de l'adoption de l'article 447 du code d'instruction criminelle, pour confier l'examen de l'indemnité au gouvernement, même sous le contrôle des chambres, ne nous paraissent plus décisifs aujourd'hui où ne règne plus, de manière indiscutée, le culte de la puissance publique. Et le souci "d'éviter dans un intérêt social que le pouvoir judiciaire ne soit amené à se découvrir" ne nous paraît pas suffisant pour priver l'individu de la garantie d'une procédure judiciaire et le soumettre à l'arbitraire gouvernemental. D'autant moins que n'est pas souhaité en l'espèce, pour des questions d'opportunité, le recours au contrôle parlementaire.

Enfin, saisi d'une requête écrite demandant une indemnisation, le ministre statue sur la demande en principe dans les six mois. En cas de poursuites judiciaires du chef d'une des infractions prévues par les articles 147, 155 ou 156 du code pénal commise à l'égard de l'intéressé, le délai ne commence à courir qu'au jour où il a été statué sur l'action publique par une décision coulée en force de chose jugée. Le ministre statue souverainement. Pour se prononcer sur le principe de l'acceptation ou du refus de l'indemnité, il doit se borner à examiner

(99) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par
H. VANDENPOORTEN - Documents parlementaires, Sénat
1971-1972, n° 392 p. 15.

D'autre part, quant à la désignation de l'autorité compétente pour statuer sur la demande, en l'espèce, le ministre, elle résulte de l'option quant au droit reconnu à la personne préjudiciée. En effet, si dans les hypothèses visées à l'article 28, il lui avait été conféré un droit subjectif à réparation, lequel est de nature civile, les tribunaux ordinaires auraient nécessairement dû être compétents en vertu de l'article 92 de la constitution (voy. supra A. Détention incompatible avec les dispositions de l'article 5 de la Convention, p.43-44). Le législateur n'a pas entendu reconnaître un tel droit et a dès lors attribué au Ministre le pouvoir de statuer sur l'indemnité et d'en fixer le montant, en s'inspirant en cela des règles qui gouvernent, devant la section d'administration du Conseil d'Etat, la demande d'indemnisation pour réparation d'un dommage exceptionnel (voy. supra 2) l'indemnité p. 49). Cette solution est identique - est et a été voulue telle - à celle retenue par l'article 447 du code d'instruction criminelle, la seule disposition de notre arsenal législatif prévoyant en faveur du condamné innocent la possibilité d'une indemnité à allouer par le gouvernement s'il le juge approprié. De ce fait, a été écartée en l'espèce la compétence des tribunaux ordinaires qui suscitait par ailleurs plusieurs objections, parmi lesquelles principalement qu'il ne convenait pas de "renvoyer en question les décisions de mise en détention et d'acquiescement en confiant à un juge le soin d'apprécier l'indemnité à accorder suivant chaque cas" et "de mettre un tribunal dans l'obligation délicate d'avoir à critiquer la décision d'une instance qui peut lui être supérieure et qui aurait ordonné, confirmé ou maintenu, pour quelque motif que ce soit, le mandat d'arrêt" (98). L'attribution au ministre du pouvoir de décider de l'indemnité a soulevé, lors des travaux préparatoires, certaines objections: elle confère à la décision un caractère politique qui est jugé

(98) Exposé des motifs, Documents parlementaires, Chambre, 1968-69, n° 472-1, p. 5-6.

l'article 447 du code d'instruction criminelle, une seconde exception au principe déjà invoqué précédemment suivant lequel "les actes des juges n'engagent point dans l'ordre interne la responsabilité civile de l'Etat" (101)? Sans doute, si l'on admet l'application du principe en l'espèce. Mais, l'on peut toutefois s'interroger sur le point de savoir si le principe, avec la justification qui y est apportée - séparation des pouvoirs et indépendance des membres du pouvoir judiciaire -, doit, dans notre hypothèse, subsister à titre de règle et dès lors servir de mesure à l'établissement d'exceptions. En d'autres termes, ce qui est considéré ici comme une exception n'est-il pas tout simplement le retour à une situation normale affranchie du principe dont la justification ne permet pas l'application en espèce. En effet, ce n'est point l'Etat en tant que pouvoir exécutif qui est en cause ici mais plutôt l'Etat en tant que comprenant ces trois pouvoirs, responsable du fonctionnement dommageable mais non fautif de la justice.

c) Les voies de recours

Dans trois cas expressément prévus à l'article 28 § 3 alinéa 3, une voie de recours est ouverte au requérant: si l'indemnité est refusée, si le montant est jugé insuffisant par la personne préjudiciée, si le ministre n'a pas statué dans les six mois de la requête. D'autre part, pour assurer un traitement équivalent aux justiciables, l'article 6 de la loi du 13 mars 1975 complète l'article 447 du code d'instruction criminelle relatif à l'indemnité après révision par une disposition instituant en faveur du condamné innocent une voie de recours analogue - même cas, mêmes conditions, même commission - à celle dont dispose la victime d'une détention préventive injustifiée.

Les recours sont formés par requête déposée au greffe de la Cour de cassation dans les soixante jours de la décision du Ministre ou à l'expiration du délai dans lequel il aurait dû statuer.

La commission qui statue sur les recours contre les décisions du ministre ou sur les demandes introduites lorsque le ministre n'a pas statué est composée du premier président de la Cour de Cassation, du premier président du Conseil d'Etat et du doyen de l'ordre national des avocats; leurs suppléants sont respectivement les présidents de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat et le vice-doyen de l'Ordre national des avocats.

La commission d'appel siège à huis-clos; elle statue sur l'avis donné à l'audience publique par le procureur général - ou un avocat général, en raison de l'indivisibilité du ministère public - près la Cour de Cassation, lequel veillera à ce qu'il soit tenu compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé. Les parties sont entendues en leurs moyens sans toutefois que l'assistance de l'avocat soit obligatoire. Les décisions de la commission sont prononcées en audience publique. Dans la mesure où la règle de la publicité du prononcé du jugement (article 97 de la Constitution) n'est applicable de droit qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire, il fallait en effet une disposition législative particulière pour l'imposer à la commission instituée par la loi du 13 mars 1973 (102).

Ces décisions doivent-elles être motivées? Tandis que la loi française du 14 juillet 1970 dispose expressément que la décision de la commission des magistrats ne doit pas être motivée, la loi belge ne précise rien à cet égard. Il nous semble toutefois que cette obligation, applicable à toute juridiction contentieuse, s'impose en raison de la nature juridictionnelle qui peut être reconnue à la compétence de la commission. La commission statue en dernière instance et ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours. Enfin, conformément à l'article 447 du code d'instruction criminelle, la décision de la commission est, à la demande des intéressés, publiée par extrait

(102) On remarquera que les décisions des commissions de probation créées en vertu de la loi du 29 juin 1964 ne sont pas soumises à une telle publicité, pas plus que celles de la commission de défense sociale de la loi du 1er

au "Moniteur Belge" sans mentionner le montant de l'indemnité allouée. Il s'agit d'une forme de réparation.

C. Disposition commune aux articles 27 et 28 de la loi
du 20 avril 1874 -

En cas de décès des personnes auxquelles la loi accorde un droit à réparation ou permet de demander une indemnisation, les indemnités peuvent être accordées à leurs ayants droit (article 29 nouveau de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive). Cette solution est analogue à celle prévue en matière de révision (article 447 du code d'instruction criminelle): l'indemnité revient soit à l'intéressé, soit à ses ayants droit, car il s'agit d'un dommage personnel.

CHAPITRE V

LA DETENTION PREVENTIVE ET LES DROITS DE L'HOMME

Nous nous bornons, dans cette partie, à invoquer l'incidence dans la matière de la détention préventive des règles de droit international ayant une force juridiquement obligatoire. Il s'agit, en l'espèce, des règles de droit international conventionnel contenues dans la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi belge du 13 mai 1955 (103)

Nous présentons en regard les dispositions de la Convention et celles du droit interne belge, renvoyant pour ces dernières à l'exposé du chapitre II.

<u>L'article 5 de la Convention,</u>	<u>Constitution du 7 février 1831,</u>
<u>qui est une règle d'ordre per-</u>	<u>article 7 alinéa 1: la liberté</u>
<u>matif, garantit de manière</u>	<u>individuelle est garantie</u>
<u>générale, le droit à la liber-</u>	
<u>té et à la sûreté de la per-</u>	

(103) La résolution (65)11 sur la détention préventive adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 9 avril 1965 n'a pas de caractère obligatoire pour les Etats membres du Conseil de l'Europe. Voy. toutefois les principes y énoncés dans J.H.C. HULSMAN, Le Conseil de l'Europe se prononce sur la détention préventive, Cahiers de droit européen, 1966, pp. 271-277.

Sur le plan universel, trois textes intéressant directement notre matière: l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies; les points 84 à 93 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus adopté par le premier Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants le 30 août 1955, et, enfin, l'article 9 du Pacte international des Nations-Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques.

Voy. J. VELU, Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, Rev.dr.pén.crim., 1968-69, pp. 167-213.

sonne (104).

Trois catégories d'obligations sont prévues par cette disposition.

1) la première concerne la procédure: l'article 5 paragraphe 1, alinéa 1, de la Convention dispose expressément que la privation de liberté, dans les cas autorisés, doit s'effectuer selon les voies légales, c'est-à-dire en vertu de la loi et d'une manière conforme aux règles de procédure prévues par la loi interne.

2) La seconde est relative aux motifs de la privation de liberté. Ceux-ci sont énumérés limitativement à l'article 5 paragraphe 1 lit-
tères a à f, le littéra e

Constitution du 7 février 1831, article 7, alinéa 2 et 3: nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit. Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures.

(104) voy. l'analyse de cet article dans H. GOLSONG, Le droit à la liberté de la personne tel qu'il est garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, in Droit pénal européen, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, pp. 25 à 64; l'application qui en est faite dans T. BUERGENTHAL, Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits judiciaires, in: Les droits de l'homme en droit interne et en droit international, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 263 à 288; et, son incidence en droit interne belge dans J. VELU, Le régime de l'arrestation et de la détention préventive à la lumière de l'évolution du droit international, in: Rev. dr. pén. crim., 1965-66, pp. 683 à 774, et J. VELU, La Convention européenne des droits de l'homme et la procédure pénale belge, in: Mélanges offerts à P. MODINOS, Paris, Pedone, 1966, pp. 389 à 455.

concernant plus particulièrement la détention préventive: arrestation ou détention en vue de conduire la personne devant l'autorité judiciaire compétente lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci.

loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive, articles 1 et 2. De manière générale, les exigences contenues dans la législation interne belge sont plus strictes que celles de la Convention laquelle est en définitive moins favorable à l'individu que le droit de procédure pénale interne (105). Toutefois la Convention répare une omission du texte de la loi Belge, à savoir la nécessité de l'existence d'indices de culpabilité pour justifier la délivrance du mandat d'arrêt. En outre, elle ne fait pas la distinction entre la détention préventive facultative et obligatoire, celle-ci ne devant jamais être que facultative.

Enfin, dans les Conventions, les conditions de délivrance du mandat d'arrêt sont identiques que l'inculpé ait ou non sa résidence dans le territoire où il a commis l'infraction.

3) Enfin, les paragraphes 2, 3, 4 et 5 de l'arti-

(105) Voy. par exemple, Bruxelles 24 novembre 1966, Pas. 1967, II, 170: la chambre des mises en accusation de la cour d'appel constate qu'à l'encontre de la Convention, la loi belge n'admet la délivrance du mandat d'arrêt que lorsque le fait est de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel de trois mois ou une peine plus grave.

de 5 de la Convention énoncent les droits de la personne privée de liberté.

Par. 2 - Toute personne arrêtée doit être informée dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend (106) des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

Par. 3 - Toute personne arrêtée ou détenue à titre préventif doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable.

Constitution du 7 février 1831
article 7 alinéa 3: ordonnance
motivée du juge et signifiée au
plus tard dans les 24 heures.

Code d'instruction criminelle,
articles 93, 96 et 97 (107).

Loi du 20 avril 1874, relative à
la détention préventive, articles
4, 5, 6, 7: confirmation du man-
dat d'arrêt dans les 5 jours, en-
suite de mois en mois; voies de
recours.

Loi du 1er juillet 1964 de défen-
se sociale à l'égard des anormaux
et des délinquants d'habitude,
articles 1 à 6.

(106) Un ressortissant belge d'expression française avait invoqué l'article 5 paragraphe 2 de la Convention en raison du fait que le mandat décerné contre lui était rédigé en néerlandais, langue qu'il ne comprenait pas. Constatant toutefois que le requérant avait été interrogé en français dès le lendemain de son arrestation, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il n'y avait pas violation de l'article invoqué. (Delcourt, 17 janvier 1970; voy. J. VELU, L'affaire Delcourt Editions de l'Université de Bruxelles, 1972).

(107) Voy. Cass. 4 janvier 1960, Pas. 1960, I 487: Les formes prévues par l'article 97 du code d'instruction criminelle pour la signification des mandats d'arrêts ne sont pas substantielles ni prescrites à peine de nullité; leur inobservation n'entraîne nullité de la signification, partant de l'arrestation ordonnée par le juge, que pour autant que le manquement ait porté atteinte aux droits de la défense ou rendu l'arrestation arbitraire.

ble (108) ou libérée pendant la procédure, la mise en liberté de la personne peut éventuellement être subordonnée à une garantie assurant la comparution de celle-ci à l'audience.

Par. 4 - Toute personne privée de sa liberté par arrestation a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue, à bref délai, sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Loi du 20 avril 1874 relative à détention préventive, articles 19 et 20: appel devant la chambre des mises en accusation des ordonnances de la chambre du Conseil confirmant ou prolongeant le mandat d'arrêt.

Aucun texte légal cependant ne reconnaît à la personne placée sous mandat d'arrêt le droit

(108) Voy. les arrêts du 27 juin 1968, en cause WENHOFF (3 ans 5 mois de détention préventive) et NEUMEISTER (2 ans 4 mois de détention préventive), du 16 novembre 1969 en cause STOGMULLER (2 ans 1 mois de détention préventive) et MATZNETTER (2 ans 1 mois de détention préventive) et du 16 juillet 1972 en cause REINGELSEN (2 ans 5 mois de détention préventive), où, sur la notion de délai raisonnable, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 5 paragraphe 3 de la Convention et l'analyse de ces arrêts dans H. GOLSONG op.cit. note 93, pp. 54 à 59 et H. ALBERS, De voorlopige hechtenis en het Hof van Straatsburg R.W. 1972-73, col. 1745-1756. Par un arrêt du 16 mars 1964 (Pas. 1964, I, 762 et Rev.dr. pén.crim. 1964-65, p. 392), la Cour de Cassation belge a décidé qu'une détention préventive durant un certain nombre de mois ne violait pas l'article 5, paragraphe 3 de la Convention parce que les actes d'instruction, nécessaires à la manifestation de la vérité, étaient encore en cours et accomplis sans retard injustifié. D'autre part, dans un arrêt récent, la Cour précise que le "délai raisonnable" doit s'apprécier, non pas in abstracto, mais à la lumière des données de chaque affaire (Cass., 20 mars 1972, Pas. 1972, I, 677).

Le recours juridictionnel doit-il être conforme aux règles procédurales établies par l'article 6 de la Convention - procès équitable, publicité des débats, tribunal impartial, délai raisonnable? La Cour européenne des droits de l'homme a répondu négativement (109)

Par. 5 - Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

d'interjeter appel ou de former opposition contre l'ordonnance du juge d'instruction ayant délivré mandat d'arrêt. Pratiquement, la première comparution de l'inculpé devant la chambre du Conseil tient lieu de recours contre l'ordonnance délivrant mandat d'arrêt.

De même, selon la jurisprudence belge, l'article 6 de la Convention "concerne les droits de la défense devant les juridictions de jugement et non l'arrestation ou la détention préventive" (110)

Loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive, articles 27 à 29.

La loi belge du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme, en employant la formule utilisée dans toutes les lois par lesquelles les chambres donnent leur assentiment aux traités internationaux, décide que les dispositions de la Convention "sortiraient leur plein et entier effet".

(109) Autriche c/Neumeister, 27 juillet 1963.

(110) Cass. 25 mars 1963, Pas. 1963, I, 808; Cass. 23 mars 1964, Pas. 1964, I, 797; Cass. 23 septembre 1968, Pas. 1969, I, 58.

La question se pose toutefois de savoir si les règles normatives de la Convention, permet lesquelles l'article 5 qui affecte le régime de la détention préventive, sont susceptibles d'être appliquées directement dans l'ordre juridique interne de la Belgique et dès lors de faire partie intégrante de la législation de notre pays.

A cet égard, il importe de déterminer d'abord, sur le plan du droit international public, si, en l'espèce, l'article 5 de la Convention revêt ou non un caractère self-executing. Dans les arrêts qu'elle a rendus en cette matière, la Cour de Cassation belge répond implicitement par l'affirmative - à savoir les dispositions de la Convention font partie intégrante de notre droit -, sans toutefois avoir eu l'occasion de se prononcer expressément sur le caractère directement applicable de la Convention (111). Nous pouvons cependant raisonnablement conclure au caractère self-executing de l'article 5 de la Convention sur base d'un ensemble de données relevées pertinemment par d'éminents auteurs: d'une part l'intention formelle des Hautes parties contractantes s'exprime et dans le libellé de l'article 1 de la Convention: les parties reconnaissent (et non point s'engagent à reconnaître); d'autre part, l'objet même de l'article 5 qui est "d'énoncer" des défenses et de reconnaître des droits subjectifs sans que des mesures complémentaires d'exécution soient nécessaires"; enfin, à un niveau formel, la rédaction même de l'article 5 laquelle, précise et claire, permet l'application directe (112).

(111) Cass. 29 octobre 1962, Pas. 1963, I, 284 (article 5 par. 2 de la Convention); Cass. 16 mars 1964, Pas. 1964, I, 762 (article 5, par. 3 de la Convention renvoyant à l'article 5, par. 1, c); Cass. 23 mars 1964, Pas. 1964, I, 797 (articles 5 et 6 de la Convention).

(112) W.J. GANSKOF van der MEERSCH, La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit public interne, une valeur d'ordre public?, in: Les droits de l'homme en droit interne et en droit international, Presses Universitaires de Bruxelles, 1962, pp. 187 à 189; J. VELU, Le régime de l'arrestation et de la détention préventive, à la lumière de l'évolution du droit international, Rev.dr. pén.crim., 1965-66, pp. 686-687.

Self-executing, la règle de l'article 5 de la Convention peut-elle cependant être directement appliquée en droit interne sans obstacle constitutionnel? La question se pose cette fois sur le plan du droit public interne: le droit constitutionnel de la Belgique permet-il, en cas de contradiction entre le traité et la loi de reconnaître la primauté au premier? (113). La controverse qui existait en cette matière a été dissipée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 juin 1971 (114). Dans cet arrêt d'une importance considérable qui touche au fondement même du droit international, la Cour de Cassation, à qui la question était formellement posée, reconnaît expressément que "lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international conventionnel ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir, la prééminence de celle-ci résultant de la nature même du droit international conventionnel".

Il en résulte dès lors que les cours et tribunaux belges sont habilités à contrôler, même d'office, la conformité des règles de la procédure pénale interne avec les dispositions de l'article 5 de la convention; qu'ils peuvent appliquer directement celles-ci si elles se trouvent en conflit avec les règles de la procédure pénale interne auquel cas primauté doit être donnée à l'article 5 de la Convention.

(113) Les conflits traité-loi interne ont fait l'objet en Belgique de nombreuses études citées par J. VELU, Le régime de l'arrestation et de la détention préventive à la lumière de l'évolution du droit international, Rev.dr.pén.crim., 1965-66, note (18). Voy. aussi, W.J. GANSHOF van der MEERSCH, Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution, J.T. 1968, pp. 485-496 et du même, Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire, J.T. 1968, pp. 537-551.

(114) Pas. 1971, I, 886 et les conclusions de M. le Procureur général Ganshof van der Meersch. Voy. aussi la note de P. PESCATORE publiée sous l'arrêt, Cahiers de droit européen, 1971, p. 561 sv., et J.A. SALMON, Le conflit entre le traité international et la loi interne, J.T. 1971, pp. 509-520.

CHAPITRE VI

DES PERSPECTIVES: MESURES DE REVISION ET DE SUBSTITUTION

Le projet en cours de Réforme du code de procédure pénale, que le Commissaire royal BEKAERT sera appelé, dans un avenir que nous espérons proche, à soumettre au gouvernement et au Parlement, s'attache particulièrement à la détention préventive et propose certaines modifications destinées à améliorer le système de la loi du 20 avril 1874 (115). Celles-ci s'inspirent pour la plupart, des règles formulées par l'article 5 de la Convention de Rome.

Il est proposé d'abord de renoncer au caractère obligatoire du mandat d'arrêt lorsque les faits sont punissables d'une peine supérieure à quinze ans de travaux forcés. La mise en détention provisoire doit être laissée à la libre appréciation du juge, même quand il s'agit de cas particulièrement graves. Toutefois, "le code en projet ne peut consacrer le caractère facultatif de la délivrance du mandat d'arrêt qu'à la condition formelle que le refus de le délivrer puisse faire l'objet d'un recours" (116). Or, nous avons vu que la loi du 13 mars 1973, en son article 1, supprime ce droit de recours tant lorsque la décision est prise d'office par le juge d'instruction que lorsque ce dernier refuse de suivre les réquisitions du Procureur du Roi. L'on peut dès lors se demander quel sort sera réservé à cette proposition qui, sur le plan des principes, nous paraît justifiée.

En ce qui concerne ensuite les conditions auxquelles la délivrance du mandat d'arrêt doit être subordonnée, des compléments au régime actuel sont proposés.

Le juge d'instruction qui est tenu de décerner le mandat d'arrêt avant l'expiration de la 24^e heure qui suit l'appréhension,

(115) H. BEKAERT, La manifestation de la vérité dans le procès pénal, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 209-335.

(116) H. BEKAERT, op.cit., p. 266.

pourrait, dans le code en projet, sursavoir à l'exécution de ce mandat pendant 24 heures supplémentaires s'il l'estime nécessaire pour permettre l'exécution de devoirs complémentaires (117).

D'autre part, les indices de culpabilité, que par une singulière omission la loi du 20 avril 1874 avait négligé de faire figurer dans le texte parmi les conditions légales subordonnant la délivrance du mandat d'arrêt, doivent, dans le code en projet, être mentionnés dans le mandat d'arrêt et examinés par les juridictions d'instruction (118).

Enfin, quant à la procédure et aux voies de recours, il est suggéré, d'une part, que le mandat d'arrêt soit confirmé pour "un mois au maximum" permettant ainsi à la chambre du Conseil de fixer, s'il y échet, un délai moindre (119) et d'autre part, de réduire à sept jours (au lieu de quinze) le délai dans lequel doit statuer la chambre des mises en accusation (qui serait dénommée chambre du conseil d'appel) (120). L'audition du juge d'instruction en degré d'appel ne sera plus nécessaire car son avis devant la chambre du conseil, écrit et joint au dossier, sera nécessairement porté à la connaissance de la juridiction d'appel (121).

Dans le conflit protection de la société - respect de la liberté individuelle qui est et subsiste au centre de la détention préventive, la liberté individuelle est souvent perdante. La détention préventive est un mal, mais un mal nécessaire s'accorde-t-on à reconnaître. C'est ici que se pose dès lors le problème des alternatives. La détention préventive est-elle irremplaçable? D'autres mesures, moins coercitives, plus respectueuses et plus garantes de la liberté, peuvent-elles, à efficacité égale, concourir aux mêmes fins? Tel est en définitive le sens

(117) H. BEKAERT, op.cit., pp. 271 à 273 et 343 article F.

(118) H. BEKAERT, op.cit., pp. 289 à 292 et 340 article B et 343 article G.

(119) H. BEKAERT, op.cit., pp. 326 à 328 et 343 article G.

(120) H. BEKAERT, op.cit., pp. 326 à 328 et 344 article H.

de la recherche de mesures substitutives de la détention préventive. Certaines suggestions furent proposées tant au niveau belge (122) qu'eupéen et universel (123). Qu'il nous suffise de les rappeler ici, en émettant le voeu qu'ils inspirent, avec les adaptations nécessaires, une réforme législative en profondeur: obligation de se présenter à la police ou au juge, obligation de remettre certaines pièces d'identité, obligation de séjourner à un endroit déterminé, les arrêts à la maison, la mise en liberté sous condition, etc... Outre l'objectif primordial de l'instauration d'une politique répressive plus justifiée, de telles mesures, dont il faudrait certes organiser les modalités, engendreraient aussi des avantages économiques et financiers qu'une analyse du coût de la lutte contre la délinquance ne pourrait négliger. La mise en liberté provisoire sous caution (déjà prévue dans certains cas, quoique sous une forme un peu différente, par les articles 10 et 11 de la loi du 20 avril 1874) pose, quant à elle, sur le plan moral et social, de sérieuses difficultés à telle enseigne qu'elle ne nous semble guère devoir s'inscrire comme perspective valable de substitution.

Le préjudice causé à l'individu par une peine privative de liberté infligée après condamnation a suscité en Belgique l'intervention de dispositions légales (la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation par exemple)

(122) R. VAN DER STEICHEL, Mesures substitutives de la détention préventive, Rev.dr.pén.crim., 1966-67, p. 584 à 606; XII: Journée franco-belge et luxembourgeoise de droit pénal, Poitiers, décembre 1970, Détention préventive, contrôle judiciaire et garde à vue, Rapports belges de A. DUMON et O. VAN DE MEULEBROEKE, Rev.dr.pén.crim., 1970-71, pp. 114-116, 135 et 153; R. DEOLLERCQ, Actuele problemen inzake voorlopige hechtenis (Problèmes actuels en matière de détention préventive), R.W., 1974-75, col. 293 à 306.

(123) Au niveau du conseil de l'Europe et dans le cadre de l'effort entrepris par les Nations Unies pour la prévention et la répression du crime.

et administratives (arrêts de fin de semaine, semi-détention), pour en atténuer les effets. Il faut s'étonner dès lors que des préoccupations analogues n'aient point encore abouti à des réformes législatives radicales en matière de détention préventive, alors qu'il s'agit en l'espèce de délinquants contre lesquels une décision de culpabilité n'est pas encore intervenue et peut même ne jamais intervenir. Ce parallèle frappant révèle une lacune dans notre droit qui ne peut subsister.

Françoise BERNARD-TULKENS,
Chargé de recherches du
Fonds national de la
Recherche scientifique

et

Henri-D. BOSLY,
Premier assistant à
l'Université catholique
de Louvain