

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal

Nihoul, Marc; VISART de BOCARME , Cédric

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M & VISART de BOCARME , C 2002, 'Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal: un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques', *Journal des Tribunaux*, p. 318-320.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

VIE DU DROIT

LE RISQUE ACCRU DE LÉGIFÉRER PAR RÉFÉRENCE EN DROIT PÉNAL : UN EXEMPLE RÉCENT EN MATIÈRE D'ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES

La modification récente, par loi-programme, d'une disposition à laquelle renvoyait l'article 90ter du Code d'instruction criminelle semble aujourd'hui permettre les écoutes téléphoniques pour toute atteinte au respect des lois. La législation belge serait contraire, le cas échéant, à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ...

côté des législateurs ou des gouvernements successifs. La technique a largement été utilisée lors de la dernière réforme de l'Etat. Et le gouvernement actuel préfère songer à gommer l'avis préalable du Conseil d'Etat en matière réglementaire (3) ...

Là où le gouvernement n'a pas tort, à ce dernier égard, c'est qu'il ne sert pas à grand-chose de demander l'avis éclairé de la section de législation en ne lui laissant pour ce faire qu'un délai unique ne dépassant pas trois jours. C'est pourtant ce que les autorités habilitées à demander un avis n'hésitent pas à faire de plus en plus souvent. Avec, au bout du compte, le risque de dérapages, comme récemment en matière d'écoutes téléphoniques ou d'interception de télécommunications.

suit : « 3^o La personne qui viole des dispositions de l'article 111 » (6).

Réforme anodine, en apparence, et confinée au domaine des télécommunications. L'article 111 de la même loi, abrogé par la loi du 19 décembre 1997, est d'ailleurs également visé par la loi-programme du 30 décembre 2001 à ce titre. L'article 151 de celle-ci rétablit l'article 111 de la loi du 21 mars 1991 dans la rédaction suivante : « Nul ne peut, dans le Royaume, via l'infrastructure des télécommunications, donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger ». Une infraction classique et ordinaire, en quelque sorte, qui n'éveille aucun soupçon. D'autant que l'exposé des motifs (7) justifie la mesure par l'absence, pour les télécommunications, de cette disposition pourtant prévue en matière de radiocommunications. Selon le gouvernement, « Les circonstances actuelles nécessitent de pallier d'urgence cette lacune » (8). L'article 152 de la loi-programme est présenté comme s'inscrivant dans la même perspective : « dans le but de prévoir l'application de pénalités en cas de non-respect des dispositions du nouvel article 111 (...) » (9).

(6) L'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques dispose par conséquent dorénavant que « Est punie d'une amende de 500 à 50.000 BEF maximum et d'un emprisonnement d'un à quatre ans ou d'une de ces peines seulement : 1^o la personne qui réalise frauduleusement des télécommunications au moyen (d'un réseau) de télécommunications afin de se procurer ou de procurer à autrui un avantage illicite; 2^o la personne qui utilise (un réseau ou un service) de télécommunications ou d'autres moyens de télécommunications afin d'importuner son correspondant ou de provoquer des dommages; 3^o la personne qui viole des dispositions de l'article 111 ».

(7) L'exposé des motifs est limité à un simple commentaire des articles dans la loi-programme.

(8) Projet de loi-programme, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 2001-2002, n^o 50 1503/001, p. 61 concernant l'article 128 de l'avant-projet : « Cet article prévoit l'ajout d'un nouvel article 111 dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. En effet, l'article 4 de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications réprime l'usage de radiocommunications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger. Or, il n'existe actuellement aucune disposition similaire pour les télécommunications. Les circonstances actuelles nécessitent de pallier d'urgence cette lacune ».

(9) *Ibidem* concernant l'article 129, 3^o de l'avant-projet.

2002

318

1 LE PRINCIPE

Il est une leçon dont il faudrait se souvenir une fois pour toutes : c'est qu'il n'est pas indiqué de légiférer par référence à un autre texte de loi, surtout dans certaines matières. L'opération présente en effet un risque contraire à la sécurité juridique la plus élémentaire : celui de perdre la maîtrise du droit en brouillant les pistes dans les méandres déjà compliqués de la législation; celui, en particulier, de ne plus être en mesure de percevoir la portée de la modification d'un texte dès lors que d'autres textes y renvoient sans aucune précaution (1) ou sans qu'aucun système ne permette de garder le souvenir d'un tel renvoi à l'esprit des gouvernants qui passent; le risque, en conséquence, d'une modification involontaire en cascade qui peut s'avérer catastrophique pour l'Etat de droit, d'autant qu'on ne la découvrira souvent qu'après autopsy.

La section de législation du Conseil d'Etat attire régulièrement l'attention des autorités sur ce point (2). Mais rien ne semble y faire du

(1) En datant par exemple le texte auquel l'on renvoie.

(2) Rappr. Conseil d'Etat, *Recommandations et formules de légistique formelle*, nov. 2001 (disponible sur le site du Conseil d'Etat à l'adresse <http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf>), pt 5, pp. 24 et 25, spéc. pt 5.3. : « (...) lorsque le texte auquel il est référé évolue dans un sens différent que celui de la situation qu'il est censé régler par ailleurs, l'avantage initial de la simplicité risque de disparaître. Il est donc à conseiller de ne recourir à ce procédé qu'avec circonspection et seulement lorsqu'il existe un degré de certitude suffisant de grande stabilité dans le temps ». *Add.* pt 5.7. : « Il faut éviter de

2 LE MAUVAIS EXEMPLE

Il faut préciser que l'exemple épinglé présente la circonstance aggravante de figurer dans une loi-programme qui procède d'une technique législative déjà critiquable en soi (4). En l'occurrence, l'article 152 de la loi-programme du 30 décembre 2001 (5), perdu dans quelque 168 articles et classé dans un chapitre en principe consacré aux télécommunications, dispose qu'à l'article 114 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, modifié par les lois du 19 décembre 1997 et du 3 juillet 2000, sont apportées plusieurs modifications dont la troisième vise le paragraphe 8 complété comme

faire référence à un texte qui se limite lui-même à une référence à un autre texte ou à une autre disposition » ...

(3) Voy. sur ce point, le récent appel lancé par le monde universitaire et celui des avocats, visant à organiser un vaste forum autour de cette question, in *Le Soir*, 11 mars 2002, p. 12, « Gouvernement - Conseil d'Etat : préserver le partenariat ».

(4) Au fil de ses avis, mais aussi de manière plus solennelle : Conseil d'Etat, *Rapport public pour l'année judiciaire 1994-1995*, pp. 190 à 193 et 197 et 198 ainsi que *Recommandations...*, *op. cit.*, nov. 2001, p. 51, pt 8.7.6; P. Wéry et H. Vuye, « Een voorbeeld van programmawetgeving : artikel 2271bis van het Burgerlijke Wetboek », note sous J.P. Louvain, 7 mars 1995, *R.W.*, 1995-1996, pp. 439 à 444, spéc. pp. 443 et 444; A. Parisi, « Les lois-programmes en Belgique : tendances et contenu », *R.I.S.A.*, 1981, pp. 95 à 104.

(5) *M.B.*, 31 déc. 2001, vig. 1^{er} janv. 2002.

Saisi d'une demande d'avis dans un délai ne dépassant pas trois jours, le Conseil d'Etat, section de législation, a été contraint de remarquer, en ce qui concerne le chapitre premier du titre XIV de l'avant-projet consacré aux télécommunications, que « Certaines dispositions du projet soulèvent des problèmes qui nécessiteraient un examen approfondi qu'il n'est pas possible d'effectuer dans un délai de trois jours, lorsque des dizaines de dispositions de nature très diverses doivent être examinées concomitamment » (10). Et la section de législation de se borner à quelques considérations générales sans égard aux articles 151 et 152 de la loi-programme ... Et ces articles d'être adoptés au Parlement sans donner lieu à aucune observation (11) ... Même le Sénat, à vrai dire, n'était pas en mesure d'évoquer le projet en toute sérénité, le gouvernement ayant demandé l'urgence conformément à l'article 80 de la Constitution.

Sans doute toutes ces circonstances expliquent-elles pourquoi personne ne semble s'être rendu compte, au-delà du manque évident de transparence dans la manière de légiférer (12), qu'il était en réalité directement porté atteinte aux droits et libertés fondamentaux du citoyen. Car modifier ainsi l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 revenait en réalité à élargir le champ d'application des infractions pouvant justifier une mesure de surveillance visée à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, consacré aux écoutes, à la prise de connaissance et à l'enregistrement de communications et de télécommunications privées. Dans son paragraphe 2 énumérant les infractions concernées, ledit article 90ter renvoie en effet purement et simplement dans son « 15° à l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques » (13) (14) ...

(10) *Ibidem*, p. 161. Il s'agit de l'avis n° 32.455/1/2/3/4 rendu par quatre chambres différentes.

(11) Voy. notam. le rapport fait un nom de la commission de l'infrastructure, des communications et des entreprises publiques. *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 2001-2002, n° 50 1503/017, p. 19.

(12) Au vu de ce qui précède, il n'est pas du tout sûr, à l'évidence, que tous les parlementaires aient voté en connaissance de cause. Mais a-t-on seulement le choix de voter une loi-programme?

(13) La modification en cascade est sans doute d'autant plus facilement passée inaperçue que l'article 150, quant à lui, fait référence à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, sans le modifier, en disposant qu'« A l'article 109terE de la même loi, inséré par loi du 19 décembre 1997 et modifié par les lois du 10 juin 1998 et du 28 novembre 2000, sont apportées les modifications suivantes : (...) § 7. Le Roi peut interdire, partiellement ou entièrement, l'exploitation de services de télécommunications quand ces services rendent difficile ou impossible l'identification de l'appelant, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des télécommunications privées aux conditions prévues par les articles 46bis, 88bis et 90ter à 90decies du Code d'instruction criminelle ».

(14) A noter que l'article 4 de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications, qu'il s'agissait de transposer en matière de télécommunications, selon le gouvernement, n'est pas visé, quant à lui, par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle.

Lorsqu'on légifère de la sorte, les problèmes ne surgissent évidemment que plus tard, avec le recul et la pratique. Aujourd'hui, depuis le 1^{er} janvier 2002, il est désormais permis d'écouter, prendre connaissance et enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées susceptibles de porter atteinte « au respect des lois »! (15) C'est-à-dire toutes les lois, même celles, à la limite, qui sont dépourvues d'infraction(s) ...

L'avenir nous dira comment cette « réforme » involontaire sera reçue en pratique. Car les garanties de l'article 90ter n'ont pas été modifiées, quant à elles (16). Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel et lorsque les nécessités de l'instruction l'exigent que le juge d'instruction peut décider une telle mesure de surveillance. Et encore faut-il que des indices sérieux existent (17), que les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la liberté et que le fait dont il est saisi constitue une infraction visée par le paragraphe 2 (18).

Dans la mesure où donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, via l'infrastructure des télécommunications, est déjà une infraction en soi visée par le paragraphe 2, il est toutefois permis au citoyen de s'interroger sur l'étendue de la protection de sa vie privée. Il n'existe en effet plus de limitation légale précise au champ d'application des écoutes téléphoniques.

(15) Ainsi qu'à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger.

(16) Voy. aussi les articles 90quater à 90decies. *Add.* : H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, « La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, pp. 301 à 343; T. Henrion, « Les écoutes téléphoniques », *J.T.*, 1995, pp. 205 à 213; L. Huybrechts, « Het gerechtelijk af luisteren in het Belgisch recht na de nieuwe af luisterwet », *Panopticon*, 1995, pp. 41 à 57; P. Traest, « Analyse van de wet van 30 juni 1994 », *Telefoontap*, Louvain, Centrum voor politiestudies, 1997, pp. 2 à 26; X. Baeselen, « A propos des modifications apportées aux procédures de repérages et d'écoutes téléphoniques et la nouvelle mesure d'identification », *Journ. procès*, 1998, n° 354, pp. 16 à 20 et n° 355, pp. 16 à 19; D. Vandermeersch, « Les modifications en matière de repérage et d'écoute de (télé)communications introduites par la loi du 10 juin 1998 », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, pp. 1061 à 1074; A. Sadzot, « Les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des (télé)communications privées après la loi du 10 juin 1998 », *Le point sur les procédures* (1^{re} partie), Liège, C.U.P., 2000, pp. 223 à 256; H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, 2^e éd., Bruges, La Chartre, 2001, pp. 500 à 521.

(17) Ce qui exclut en principe l'écoute proactive ou exploratoire ainsi que celle fondée sur un prétexte, susceptibles d'être sanctionnées.

(18) Le tout devant figurer préalablement dans une ordonnance motivée du juge d'instruction communiquée au procureur du Roi.

L'énonciation est si large et si peu précise que l'on pourrait en déduire que toute communication téléphonique éveillant le soupçon qu'elle vise au non-respect des lois serait susceptible de faire l'objet d'une écoute téléphonique. La porte est ouverte, autrement dit, sur une généralisation des écoutes téléphoniques pour toute infraction ou même tout trouble à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

En conséquence, il n'est plus du tout évident que le droit au respect de la vie privée et familiale, garantis par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soit encore protégé par une loi suffisamment précise, d'une part, et, d'autre part, dans une mesure nécessaire dans une société démocratique (19). L'article 90ter lui-même est en quelque sorte vidé de sa substance puisqu'il visait à assurer l'exception. Et ce n'est pas le rapport annuel du ministre de la Justice, prévu par l'article 90decies du Code d'instruction criminelle, qui est de nature à rassurer; même s'il prévoit l'information du parlement en ce qui concerne le nombre d'instructions ayant donné lieu à surveillance, la durée des mesures, le nombre de personnes concernées et les résultats obtenus.

(19) Selon l'article 22 de la Constitution, chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, certes sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, mais la loi garantissant la protection de ce droit. Selon l'article 8.2. de la Convention précitée, il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que pour autant qu'une loi la prévoit et qu'elle constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, notamment à la prévention des infractions pénales. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les écoutes doivent se fonder sur une loi d'une précision particulière — il est indispensable qu'existent des règles claires et détaillées concernant l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré, de manière à assurer un degré minimal de protection contre les ingérences arbitraires, voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique. Voy. plus récemment C.E.D.H., aff. *Knopp c. Suisse*, 25 mars 1998, *Rec.*, 1998-II, p. 523 et *Journ. procès*, 1998, n° 347, p. 22, ici p. 26, §§ 64 et 72 et la jurisprudence citée, ainsi que note F.J. s'interrogeant déjà, avant la modification involontaire de l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, quant à la nécessité du dispositif dans une société démocratique (p. 22); C.E.D.H., aff. *Lambert c. France*, 24 août 1998, *Rec.*, 1998-V, p. 2230. Voy. aussi C.E.D.H., aff. *Klass e.a. c. Allemagne*, 6 sept. 1978, série A, n° 28; C.E.D.H., aff. *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, série A, n° 82; C.E.D.H., aff. *Kruslin et Huvig c. France*, 24 avril 1990, série A, n° 176-A et 176-B. Voy. encore P. Lambert, « Les écoutes téléphoniques », *J.T.*, 1990, pp. 749 et 750; P. De Hert, *Artikel & E.V.R.M. en het Belgisch recht - De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, pp. 341 et s., nos 411 et s. et la bibliographie spécialement relative à « Artikel & E.V.R.M., telefoonaftap en politietechnieken », pp. 358 à 360. H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *op. cit.*, 2^e éd., 2001, p. 40; Cass., 24 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, 1063 et les nombreuses références citées en notes; Cass., 10 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, 932; Cass., 26 janv. 1993, *Pas.*, 1993, I, 101. A noter que les (télé)communications sont considérées comme comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance ».

A noter que le même raisonnement peut être tenu à l'égard de l'article 88bis du Code d'instruction criminelle concernant le repérage des télécommunications ou la localisation de l'origine ou de la destination des télécommunications. Cet article prévoit en effet dans son paragraphe 1^{er}, dernier alinéa, que le procureur du Roi peut ordonner, si le plaignant le sollicite, une mesure de repérage ou de localisation de l'origine ou de la destination des télécommunications, et ce lorsque cette mesure s'avère indispensable à l'établissement d'une infraction visée à l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991. L'article 114, § 8, renvoyant désormais explicitement à l'article 111 de la même loi, il n'existerait donc plus non plus, le cas échéant, de limite précise à la faculté pour le procureur du Roi d'ordonner une mesure de repérage ou de localisation, quelle que soit l'infraction visée...

Malgré le risque accru de légiférer par référence en droit pénal, il faut bien constater la fâcheuse tendance du législateur à multiplier les renvois dans la matière. Aujourd'hui encore, en ce qui concerne les collaborateurs de la justice, il est ainsi projeté (20) de renvoyer à la liste des infractions fixée par l'article 90ter, § 2, du Code d'instruction criminelle pour déterminer le champ d'application du nouveau régime consacré aux repentis... *Bis repetitam?*

Marc NIHOUL

Maître de conférences (F.U.N.D.P.)

Cédric VISART de BOCARMÉ

Procureur du Roi (Namur)

(20) Voy. proposition de loi instaurant le régime des repentis, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 2000-2001, n° 50 1384/001; proposition de loi prévoyant de nouvelles dispositions en matière de causes d'excuse, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 2001-2002, non encore numérotée. *Add.* le projet de loi relatif à l'anonymat des témoins, voté en séance plénière et soumis à la sanction royale, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 2001-2002, n° 50 1185/017 (1185/014), ainsi que le projet de loi réglant la protection des témoins menacés, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 2001-2002, n° 50 1483/001.

Dans la collection
Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L.

Droit de la Communauté européenne

Deuxième édition

par Joe VERHOEVEN

Un volume 16 x 24 cm, 512 pages, 2001 98,60 €

COMMANDES : LARCIER, c/o Accès+, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19
E-mail : acces+cde@deboeck.be

JURISPRUDENCE

**INSTRUCTION CRIMINELLE. —
INCUPLATION. —
Absence d'interrogatoire préalable. —
Constitutionnalité.**

Cour d'arbitrage, 19 décembre 2001

Siég. : MM. Arts (prés.), Melchior (prés.), François (rapp.), Maertens, Henneuse, Bossuyt, De Groot (rapp.), Lavrysen, Alen, Moerman et Snappe.

Plaid. : MM^{es} N. Mokkedem *loco* J.-L. Gilissen, S. Taillieu *loco* P. Hofströssler et O. Van Hulst.

(G.B. c. Ministère public — Arrêt n° 160/2001).

L'article 61bis du Code d'instruction criminelle ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils n'imposent pas l'interrogatoire, par le juge d'instruction, d'un inculpé à l'égard duquel un mandat d'arrêt n'est pas envisagé.

I. — Objet de la question préjudicielle.

Par arrêt du 28 juin 2000 en cause du ministère public contre G... B..., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 3 juillet 2000, la cour d'appel de Liège a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 61 et suivants du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que, lus en combinaison avec l'article 6, § 3, a, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ils ne prescrivent pas l'interrogatoire, par le juge d'instruction, d'un inculpé à l'égard duquel un mandat d'arrêt n'est point envisagé, alors que l'article 16, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive impose un tel interrogatoire avant la délivrance d'un mandat d'arrêt, dans le cas où l'inculpé n'est ni fugitif ni latitant et que l'article 22, alinéa 2, de la même loi prescrit, à la requête de l'inculpé ou de son conseil, un interrogatoire récapitulatif? »

B.1. — La question préjudicielle est reformulée comme suit :

« Les articles 61 et suivants du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, a, de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'ils ne prescrivent pas l'interrogatoire, par le juge d'instruction, d'un inculpé à l'égard duquel un mandat d'arrêt n'est point envisagé, alors que l'article 16, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive impose un tel interrogatoire avant la délivrance d'un mandat d'arrêt, dans le cas où l'inculpé n'est ni fugitif ni latitant et que

l'article 22, alinéa 2, de la même loi prescrit, à la requête de l'inculpé ou de son conseil, un interrogatoire récapitulatif? »

B.2.1. — Il ressort de la décision *a quo* que la question préjudicielle porte sur l'article 61bis du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 12 mars 1998. Cette disposition énonce :

« Art. 61bis. Le juge d'instruction procède à l'inculpation de toute personne contre laquelle existent des indices sérieux de culpabilité. Cette inculpation est faite lors d'un interrogatoire ou par notification à l'intéressé.

» Bénéficie des mêmes droits que l'inculpé toute personne à l'égard de laquelle l'action publique est engagée dans le cadre de l'instruction ».

B.2.2. — Les articles 16, § 2, alinéa 1^{er}, et 22, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, mentionnés dans la question préjudicielle, énoncent :

« Art. 16. [...]

» § 2. Sauf si l'inculpé est fugitif ou latitant, le juge d'instruction doit, avant de décerner un mandat d'arrêt, interroger l'inculpé sur les faits mis à sa charge et entendre ses observations ».

« Art. 22. [...]

» Sur requête de l'inculpé ou de son conseil, le juge d'instruction convoque l'inculpé dans les dix jours qui précèdent chaque comparution en chambre du conseil ou en chambre des mises en accusation statuant sur renvoi conformément à l'article 31, § 4, pour un interrogatoire récapitulatif; le greffier notifie immédiatement et par écrit ou par télécopieur la convocation au conseil de l'inculpé et au procureur du Roi, lesquels peuvent assister à cet interrogatoire ».

B.3. — Dans les attendus de l'arrêt *a quo*, il est indiqué que « le prévenu voit une violation du principe d'égalité inscrit dans les articles 10 et 11 de la Constitution, dans la circonstance que l'interrogatoire d'un inculpé est prescrit à peine de nullité lorsqu'est envisagée la délivrance d'un mandat d'arrêt, tandis qu'il n'est point considéré comme obligatoire dans le cas contraire » (c'est-à-dire en cas d'inculpation).

Contrairement à ce que soutient le conseil des ministres, la différence de traitement en cause ne résulte pas de ce qu'en l'espèce, l'inculpé devant le juge *a quo* se serait abstenu d'exercer des voies de droit qui lui seraient ouvertes. Elle résulte directement de ce que l'article 61bis, tout en prévoyant qu'un interrogatoire puisse avoir lieu avant que soit prise la décision d'inculper, n'exige pas d'interrogatoire préalable à l'inculpation.

B.4. — L'inculpation est un acte du juge d'instruction par lequel une personne est informée des faits qui lui sont reprochés et de leur qualification à ce stade de la procédure. Contrairement au mandat d'arrêt, elle n'a pas pour effet de porter atteinte à la liberté d'aller et venir. Elle est même source de certains droits, tels celui de consulter le dossier ou de