

## Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Aux confins de la légalité

## The Foundation and Limits of Discretionary Power in the Public Arena: On the Borderline of Legality

Michel VAN DE KERCHOVE

Volume 18, Number 1, avril 1986

Droit et pouvoir, pouvoirs du droit

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/001384ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/001384ar>

[See table of contents](#)

### Article abstract

This article constitutes a contribution to the study of discretionary power in the public arena, particularly in relation to the assessment of the appropriateness of carrying out criminal proceedings. By bringing to light those elements of uncertainty which affect both the foundation and the limits of this power, this study emphasizes the extremely relative position held by the law strictly speaking from this dual point of view, while at the same time revealing the presence of other types of less formal and less constraining legal regulation.

### Publisher(s)

Les Presses de l'Université de Montréal

### ISSN

0038-030X (print)

1492-1375 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this article

VAN DE KERCHOVE, M. (1986). Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Aux confins de la légalité. *Sociologie et sociétés*, 18(1), 77–96. <https://doi.org/10.7202/001384ar>

# Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public : aux confins de la légalité



MICHEL van de KERCHOVE

---

## INTRODUCTION

Les réflexions qui suivent s'inscrivent au carrefour de plusieurs débats dont l'enjeu tant théorique que pratique ne semble pas négligeable. Elles concernent tout d'abord les limites mêmes de l'État de droit, dans la mesure où la consécration de pouvoirs discrétionnaires nous fait toujours passer, au moins partiellement, du gouvernement des «lois» à celui des «hommes». Selon la judicieuse expression de K. C. Davis, on peut en effet considérer que le pouvoir discrétionnaire commence là où le droit se termine<sup>1</sup>. Elles concernent plus précisément ensuite les limites du principe de légalité en matière répressive, dans la mesure où nous nous proposons de restreindre l'objet de cette étude au pouvoir discrétionnaire du ministère public dans le cadre des poursuites pénales. Elles concernent enfin la diversité des normes juridiques susceptibles à la fois de fonder et de structurer l'exercice d'un tel pouvoir et les frontières incertaines qui les séparent d'autres modes de régulation sociale.

Ces questions seront abordées en deux temps. Nous commencerons par nous interroger sur la nature du pouvoir discrétionnaire qui se trouve reconnu au ministère public en droit belge, ainsi que sur la nature des règles qui le consacrent. Nous nous pencherons ensuite sur l'exercice de ce pouvoir et sur la nature des contraintes qui paraissent en assurer la régulation.

## I. NATURE ET FONDEMENT DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU MINISTÈRE PUBLIC

### 1. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EN GÉNÉRAL

La notion de pouvoir discrétionnaire a fait l'objet de nombreuses études tant en droit positif qu'en théorie du droit. La plupart de ces études mettent généralement en lumière le fait qu'un tel pouvoir suppose l'existence, dans le cadre de certaines limites, d'une *liberté de choix* entre des modes d'action différents<sup>2</sup>.

---

1. Kenneth Culp Davis, *Discretionary justice. A preliminary inquiry*, Urbana-Chicago-London, University of Chicago Press, 1971, p. 3: «Where law ends, discretion begins».

2. Cf. notamment Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 4; Burton Atkins et Mark Pogrebin, «Introduction: discretionary decision-making in the administration of justice», dans Burton Atkins et Mark Pogrebin (édit.), *The Invisible Justice System. Discretion and the Law*, s.l., Anderson Publishing Co., 1978, p. 1; Albert Reiss, Jr., «Discretionary justice in the United

Il apparaît cependant que cette liberté de choix peut à la fois être entendue dans des sens différents et procéder de sources distinctes.

C'est sans doute Ronald Dworkin qui, dans sa critique du positivisme juridique, a le plus clairement distingué les trois sens principaux que l'on peut donner à la notion de pouvoir discrétionnaire, qualifiant les deux premiers de «faibles» (*weak*) et le troisième de «fort» (*strong*).

Selon cette distinction, le *premier* sens faible réside dans ce qu'on pourrait appeler un simple pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire, dans les termes de Dworkin, la nécessité de faire appel, dans l'application d'une norme, au «jugement» (*judgment*) de l'organe qui en est chargé plutôt que de pouvoir se contenter de son application mécanique<sup>3</sup>. Il est permis de préciser que cette application peut porter aussi bien sur l'existence des faits auxquels cette norme s'applique — en ce compris les problèmes juridiques de preuve que cette question soulève — que sur la signification des normes elles-mêmes, et leur importance respective<sup>4</sup> lorsque, pour des raisons de droit ou de fait, un choix s'impose entre plusieurs normes au niveau de leur application.

Dans un deuxième sens, qualifié également de «faible», le pouvoir discrétionnaire réside dans le pouvoir qui est reconnu à un organe de prendre une décision en dernier ressort (*final authority*), au sens où elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours et d'être contrôlée ou modifiée par une autre instance<sup>5</sup>.

Enfin, dans un troisième sens, qualifié de «fort», le pouvoir discrétionnaire désigne cette fois le fait que l'organe qui est appelé à prendre une décision n'est pas lié, au moins dans les limites de ce pouvoir, par des normes préexistantes<sup>6</sup>.

La liberté de choix qu'implique l'existence du pouvoir discrétionnaire peut, dès lors, être comprise en termes négatifs, comme une absence d'*automatisme* de la décision dans le premier cas, une absence de *contrôle* a posteriori dans le second cas, et une absence de *régulation* a priori dans le troisième cas.

En ce qui concerne les sources du pouvoir discrétionnaire, par ailleurs, les auteurs mettent en général autant l'accent sur la «nécessité d'un fondement *légal*»<sup>7</sup> ou tout au moins de l'éventualité d'un tel fondement<sup>8</sup> que sur le fait que l'existence de certains pouvoirs discrétionnaires est inéluctable et ne peut être entièrement éliminée<sup>9</sup>, ce qui laisse entendre que ce fondement réside tout autant dans des considérations tirées de la nécessité ou de la «nature des choses» que dans des dispositions légales particulières.

## 2. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU MINISTÈRE PUBLIC

Les réflexions qui précèdent sont parfaitement transposables aux pouvoirs reconnus au ministère public en matière de poursuites pénales.

1. *Nature de ce pouvoir.* En droit belge, comme en droit français, l'exercice de l'action publique appartient en principe exclusivement aux officiers du ministère public<sup>10</sup>, sauf en des matières particulières où cette mission est confiée à certains fonctionnaires, et sans préjudice du droit que possède d'une manière générale la partie civile de saisir directement les tribunaux répressifs en matière de délits et de contraventions.

Sans aborder encore le problème de la nature de cette reconnaissance, on peut rappeler qu'il est généralement reconnu en droit belge que, dans l'exercice de cette mission, le ministère public

States», dans Burton Atkins et Mark Pogrebin (édit.), *op. cit.*, p. 41; Léon Moureau, «Les limites du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives», dans *Rapports belges au VII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, C.I.D.C., 1966, p. 449; Paul Tapie, «Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives», dans *Administration publique*, 1977-1978, p. 25; J. Van Der Hoeven, «Rapport général», dans *Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives; étendue et limites du contrôle juridictionnel*, La Haye, Éditions nationales, 1977, p. 153.

3. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, p. 31.

4. Joseph Raz, «Legal Principles and the Limits of Law», dans *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 846.

5. *Ibid.*, p. 32.

6. *Ibid.*

7. J. Van Der Hoeven, *op. cit.*, p. 153.

8. Joseph Raz, *op. cit.*, p. 846.

9. Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 18: «We cannot eliminate discretion».

10. *Répertoire pratique de droit belge*, t. 8, v<sup>o</sup> Ministère public. Bruxelles-Paris, 1951, p. 202.

dispose d'un «*pouvoir discrétionnaire*<sup>11</sup>», au sens où il possède «*la faculté d'agir ou de ne pas agir*<sup>12</sup>» et où «il apprécie *librement* l'opportunité des poursuites<sup>13</sup>».

Tel est ce qu'on appelle traditionnellement le système de l'opportunité des poursuites que l'on oppose au système dit de la légalité des poursuites dans lequel le ministère public est en principe tenu de poursuivre toute infraction parvenue à sa connaissance<sup>14</sup>.

En ce qui concerne la nature de ce pouvoir discrétionnaire, il est possible d'en préciser l'étendue à la lumière des distinctions proposées par Dworkin.

Il est tout d'abord certain que ce pouvoir peut être pris dans le premier sens «faible», où l'application de la loi pénale, au niveau de l'intentement des poursuites, ne peut se faire d'une manière purement mécanique et fait donc appel au «jugement» du ministère public. Ce jugement consistera pour lui dans l'examen de «la réalité des faits délictueux commis<sup>15</sup>», dans leur «qualification juridique<sup>16</sup>» et dans l'interprétation de la loi pénale<sup>17</sup>. En cela, ses fonctions s'apparentent manifestement à celles du juge, car il est appelé ainsi «à connaître de l'affaire «au fond», exactement comme le ferait le juge de jugement et à prendre une décision qui s'apparente à celles que rend ce dernier<sup>18</sup>». C'est en ce sens, d'ailleurs, que l'on dit parfois que «le parquet est le premier juge de l'affaire<sup>19</sup>».

Même si, une telle appréciation peut amener le ministère public à classer l'affaire sans suite, il importe cependant d'apercevoir qu'elle ne porte pas, dans ce cas, sur l'opportunité proprement dite des poursuites, mais bien sur leur «légalité<sup>20</sup>», ce qui explique que cette démarche intellectuelle s'impose au ministère public, aussi bien dans le système de la légalité que celui de l'opportunité des poursuites<sup>21</sup>. Pour caractériser l'abandon de poursuite susceptible d'intervenir sur cette base, plusieurs auteurs le qualifient de «technique<sup>22</sup>».

Dans le deuxième sens «faible», le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut cependant aussi être compris comme le pouvoir qui lui est reconnu de prendre une décision en dernier ressort. Sans doute faut-il rappeler que cette autorité doit être entendue, dans un sens très différent de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à un acte juridictionnel, étant donné que «le parquet peut revenir sur un classement effectué et mettre en mouvement l'action publique, même en l'absence de charges nouvelles<sup>23</sup>». Il apparaît, par contre, que, dans les limites du pouvoir d'appréciation en opportunité à tout le moins, l'exercice de ce pouvoir ne peut en principe faire l'objet d'aucun recours et n'est donc pas susceptible d'être remis en question par une autre instance.

Dans le sens «fort», enfin, le pouvoir discrétionnaire du ministère public semble pouvoir être conçu, au moins dans certaines limites, comme affranchi de toute régulation juridique préexistante.

C'est ce dernier pouvoir que consacre spécifiquement le «principe de l'opportunité des poursuites» ou, selon l'expression préférée par certains, le principe de l'«opportunité de la répression<sup>24</sup>», par opposition au principe de légalité.

En ce sens, en effet, il s'agit de reconnaître au ministère public non plus seulement le pouvoir d'apprécier l'existence de l'infraction aux yeux de la loi, mais le pouvoir, une fois acquise «la conviction qu'une infraction a bien été commise et qu'aucun obstacle juridique n'empêche de la poursuivre», «de classer sans suite les documents relatifs à des infractions réelles mais dont la

11. *Pandectes belges*, v° Ministère public, t. 65, Bruxelles, 1900, col. 708; Jaak van Kerckvoorde, «L'étude criminologique des décisions en matière pénale», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1980, p. 814.

12. *Répertoire pratique de droit belge*, op. cit., p. 203.

13. A. Franchimont, *Cours de procédure pénale*, t. I, Liège, 1984, p. 41; Raymond Screvens et Lucien van Beirs, «Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal», dans *Revue internationale de droit pénal*, t. 34, 1963, p. 21; Raymond Charles, «Du ministère public», dans *Journal des tribunaux*, n° 5218, 1982, p. 553; A. Glesener, «Le classement sans suite et l'opportunité des poursuites», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1972-1973, p. 354.

14. En ce qui concerne la distinction de ces deux systèmes et les pays qui les consacrent, cf. notamment Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, Procédure pénale, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1979, p. 339 et suiv.

15. Roger Merle et André Vitu, op. cit., p. 340.

16. Michèle-Laure Rassat, *le Ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 215.

17. *Ibid.*, p. 223; R. Hayoit de Termicourt, «Propos sur le ministère public», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 8-9-10, 1936, p. 982.

18. Michèle-Laure Rassat, op. cit., p. 39.

19. A. Franchimont, op. cit., p. 40.

20. Michèle-Laure Rassat, op. cit., p. 215.

21. Roger Merle et André Vitu, op. cit., p. 340.

22. Cf. notamment L. de Wilde, «*Het sepot beleids*», in *Panopticon*, 1982, p. 503; Jaak van Kerckvoorde, «*Beleid van parketmagistraten: een mozaïek van individuele afdelingspatronen? Over de conditionering van haar aanwending*», dans *Panopticon*, 1980, p. 112.

23. Roger Merle et André Vitu, op. cit., p. 344.

24. Michèle-Laure Rassat, op. cit., p. 216.

poursuite lui paraît inopportune<sup>25</sup>». Or, selon une opinion largement partagée, une telle appréciation ne repose, dans notre système juridique, sur «*aucun critère*»... proposé par le législateur<sup>26</sup> et fait exclusivement appel à la «conscience<sup>27</sup>», à la «prudence<sup>28</sup>» et au «jugement<sup>29</sup>» du ministère public lui-même. L'abandon de poursuite intervenant sur cette base a été qualifié par plusieurs auteurs de «politique<sup>30</sup>».

En cela, le pouvoir discrétionnaire du ministère public s'apparenterait à celui qui se trouve reconnu au pouvoir judiciaire, par certaines dispositions légales, telles que l'article 268 du Code d'instruction criminelle qui confie au président de la Cour d'assises

un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel il devra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa *conscience* d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation.

Comme on l'a fait remarquer, l'exercice d'un tel pouvoir fait appel «à une conviction *subjective*, que l'on qualifie parfois d'«intime», parce qu'elle repose sur des éléments en partie rebelles à toute tentative de transmission logique» et à une «expérience objectivement incommunicable dans sa totalité» qui a «pour corollaire un monopole d'appréciation<sup>31</sup>».

Ce pouvoir discrétionnaire pourrait également être mis en parallèle avec la mission qui revient actuellement au juge répressif d'individualiser la peine entre le minimum et le maximum fixés par la loi. Ici encore, on a pu relever qu'«aucune méthode purement logique ne saurait rendre compte de l'*intuition* que le droit pénal nouveau attend du magistrat<sup>32</sup>», appréciation personnelle qui échappe à tout contrôle de légalité<sup>33</sup> pour la simple raison qu'elle n'est soumise à aucune forme de régulation juridique à priori.

2. *Fondement de ce pouvoir.* Bien que la question du fondement du pouvoir discrétionnaire du ministère public se pose en rapport avec les trois sens qu'on peut lui attribuer, nous la centrerons essentiellement sur le troisième sens qui paraît incontestablement le plus crucial.

Dans cette perspective, la question se ramène à celle de savoir quel est le fondement du «principe» de l'opportunité des poursuites.

À cet égard, on peut rappeler, à titre de comparaison, que certains systèmes juridiques ont consacré formellement ce principe par un texte légal général<sup>34</sup>.

À la différence de ceux-ci, cependant, le code d'instruction criminelle napoléonien de 1808, toujours en vigueur en Belgique, ne comporte aucune consécration textuelle du principe<sup>35</sup>. Bien au contraire, comme on l'a fait remarquer, «certaines de ses dispositions paraissent même consacrer la *règle inverse*<sup>36</sup>», notamment l'article 22 qui dispose que «les procureurs du Roi sont chargés de la recherche et de la poursuite de *tous* les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux correctionnels ou aux cours d'assises»; l'article 47 qui prévoit que «... le procureur du Roi... sera *tenu* de requérir le juge d'instruction...»; l'article 64 qui dispose que «les plaintes qui auraient été

25. *Ibid.*, cf. également Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553: «Il s'agit de ce pouvoir qui, alors que la condamnation paraît devoir être certaine, permet au ministère public de décider néanmoins de ne pas poursuivre, estimant que la poursuite est inopportune.»

26. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553.

27. *Répertoire pratique de droit belge, op. cit.*, p. 203; *Pandectes belges, op. cit.*, n° 646; Dalloz, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° Action publique, t. I, Paris, 1967, n° 78; A. Franchimont, *op. cit.*, p. 40.

28. *Répertoire pratique de droit belge, op. cit.*, p. 204.

29. *Répertoire pratique de droit belge, v°* Action publique, t. I, Bruxelles-Paris, 1949, p. 177; Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553.

30. Cf. notamment L. de Wilde, *op. cit.*, p. 503; Jaak van Kerckvoorde, «Beleid van parketmagistraten...», *op. cit.*, p. 112.

31. Paul Tapie, *op. cit.*, p. 26.

32. François Rigaux, *la Nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles. Bruylant, 1966, p. 96.

33. *Ibid.*, p. 226.

34. Cf. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 341, note 2, qui citent notamment les codes de procédure pénale italien (art. 74), japonais (art. 248) et néerlandais (art. 167, al. 2). En France, bien que l'art. 40 du code de procédure pénale dispose que «le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et *apprécie la suite* à leur donner», on a fait remarquer à juste titre que «cette formule neutre... ne donne aucune précision sur les raisons susceptibles de motiver ce classement» (Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 252) et, par voie de conséquence, que «l'appréciation de l'*opportunité* des poursuites n'est pas expressément admise par le Code de procédure pénale» (Robert Vouin, «Le procureur de la République et ses problèmes», dans *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste*, Bordeaux, 1963, p. 459).

35. Cf. notamment Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 342; Michèle Laure Rassat, *op. cit.*, p. 226; A. Franchimont, *op. cit.*, p. 41.

36. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 342; L. de Wilde, *op. cit.*, p. 503.

adressées au procureur du Roi *seront* par lui transmises au juge d'instruction...» l'article 132 enfin qui prévoit que «dans tous les cas de renvoi..., le procureur du Roi est *tenu* d'envoyer, dans les vingt-quatre heures au plus tard, au greffe du tribunal qui doit prononcer, toutes les pièces, après les avoir cotées».

Il en résulte que

tous ces textes rédigés en termes impératifs semblaient trancher la question et interdire au procureur... de surseoir aux poursuites et c'est bien là l'interprétation qu'en donnèrent les auteurs dont les écrits ont immédiatement suivi la promulgation du Code d'instruction criminelle<sup>37</sup>.

Il est vrai que ces différents textes ont rapidement fait l'objet d'une interprétation différente aux termes de laquelle leur seul objectif serait «d'opérer, entre le procureur et le juge d'instruction, une répartition des pouvoirs: au premier le soin exclusif de poursuivre, au second seul le droit de mener une instruction», et non de «limiter les droits du ministère public dans la décision qu'il doit prendre au sujet de l'opportunité d'une poursuite<sup>38</sup>».

Bien qu'elle ait été généralement suivie, cette interprétation paraît cependant discutable d'un point de vue historique.

D'une part, les déclarations du Conseiller d'État Treilhard paraissent manifestement la contredire lorsqu'il affirme qu'«aucun crime, aucun délit, aucune contravention ne doit rester sans poursuite... le premier vœu de la loi est que *toute* infraction des règles soit connue, soit poursuivie, soit jugée, ... le premier livre du Code d'instruction criminelle qui nous est actuellement soumis pourvoit sagement à ce qu'*aucun* crime, *aucun* délit, *aucune* contravention ne reste sans poursuite»<sup>39</sup>.

D'autre part, la consécration du principe de l'opportunité des poursuites paraît à la fois contraire à l'esprit du Code d'instruction criminelle<sup>40</sup> et «contredire directement un autre principe plus général qui domine tout le droit criminel et la procédure pénale: le principe de la légalité criminelle<sup>41</sup>».

On comprend, dès lors, que certains auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle aient pu conclure que le code «avait maintenu le principe de *légalité*, admis par la loi du 16-19 septembre 1791 et par le Code du 3 brumaire an IV»<sup>42</sup>.

Si le Code d'instruction criminelle paraît donc loin de fournir un fondement textuel au principe de l'opportunité des poursuites, existe-t-il d'autres dispositions légales susceptibles de jouer ce rôle?

Certains auteurs ont prétendu que le législateur belge l'avait expressément consacré dans la loi du 9 août 1963 modifiant l'article 14 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire<sup>43</sup>. Cette disposition prévoit en effet qu'«à la clôture de l'information en matière correctionnelle, le ministère public, *s'il ne classe pas l'affaire sans suite*, transmet le dossier pour poursuites éventuelles...»

S'il ne fait pas de doute que le législateur fait ainsi «incidemment *allusion* au droit du ministère public de classer une affaire sans suite<sup>44</sup>», il semble cependant difficile de voir dans une disposition aussi spécifique, le *fondement* juridique d'un principe d'une portée on ne peut plus générale. Par ailleurs, la reconnaissance du droit de classer sans suite, qu'on pourrait éventuellement associer à cette disposition, n'implique pas par elle-même, comme on l'a déjà rappelé, le droit d'apprécier librement l'*opportunité* des poursuites. Or c'est bien le fondement de ce dernier droit que nous examinons ici.

Il paraît, dès lors, plus exact de dire que le principe de l'opportunité des poursuites n'est pas expressément prévu par la loi<sup>45</sup>, voire même qu'il est contraire à la loi<sup>46</sup>.

37. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 226.

38. André Vitu, «Le classement sans suite», dans *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1947, p. 506.

39. G. Logre, *la Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des codes français*, t. XXV, Paris, 1827, p. 344.

40. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 229.

41. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 339.

42. *Ibid.*, p. 342.

43. Cf. notamment J. Constant, *Cours de procédure pénale*, p. 30, cité par A. Franchimont, *op. cit.*, p. 41, note 2.

44. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 21, note 3.

45. *Ibid.*, p. 21; *Pandectes belges, op. cit.*, n° 649.

46. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 229: «L'illégalité de l'appréciation de l'opportunité de la répression, dans l'optique du code d'instruction criminelle, ne semble pas faire de doute».

Peut-on dire, pour autant, comme certains l'ont affirmé, que «le *droit positif* est muet à cet égard»<sup>47</sup>?

Répondre affirmativement à cette question témoignerait d'une conception indûment étroite du phénomène juridique.

La plupart des auteurs s'accordent d'abord sur le fait que l'appréciation par le ministère public de l'opportunité des poursuites constitue actuellement une «pratique<sup>48</sup>», «constante<sup>49</sup>», «séculaire<sup>50</sup>» et «hors de discussion<sup>51</sup>», un «usage<sup>52</sup>», une «habitude<sup>53</sup>», une «tradition non contestée<sup>54</sup>».

Bien que cette «pratique» soit, comme nous l'avons vu «d'une illégalité probable<sup>55</sup>», de nombreux auteurs suggèrent qu'elle a donné naissance à une règle de nature *coutumière*<sup>56</sup>, ayant acquis une force juridique obligatoire. C'est sans doute un magistrat français, Jean-Charles Laurent, qui a développé de la manière la plus explicite cette thèse en affirmant que «tous les éléments de la coutume juridique se trouvent ... réunis: l'élément de fait, c'est-à-dire l'oubli presque complet des origines et l'élément juridique, la certitude du caractère obligatoire de la règle<sup>57</sup>».

Plus récemment, des sociologues tels que A. Davidovitch et R. Boudon s'y sont ralliés en considérant que

la pratique du classement sans suite, dont résultent des conséquences sociales les plus étendues, ne découle pas de la simple application d'une règle qui lui aurait préexisté, mais qu'au contraire, c'est celle-ci qui a été déduite, peu à peu, de l'analyse des normes de fonctionnement de l'institution telle qu'elle s'était d'abord imposée dans les faits[...] Les règles juridiques qui s'appliquaient ici étaient donc, dans la meilleure des hypothèses, d'origine coutumière<sup>58</sup>.

On remarquera que ces auteurs invoquent notamment à l'appui de leur interprétation les réflexions de Jean Carbonnier sur «la genèse de l'obligatoire dans la formation de la coutume» et celles d'Henri Lévy-Bruhl sur «le caractère initialement illégal que peut revêtir la coutume<sup>59</sup>».

Sans vouloir contester globalement la pertinence de cette analyse, il convient cependant de formuler deux remarques.

La première est qu'une telle interprétation heurte de plein front certains principes essentiels régissant — ou tout au moins censés régir — aussi bien le droit pénal que le droit de la procédure pénale. Elle contredit d'abord doublement le principe de la légalité criminelle, en ce qu'elle admet l'existence d'une règle qui est non seulement susceptible, quant à son *contenu*, de justifier la non-application de la loi pénale, mais encore caractérisée, quant à sa *source*, par un mode de formation extérieur à la loi. Dans les deux cas, cependant, l'interprétation paraît fondée, même si elle remet en question une conception dogmatique du droit criminel qui est largement répandue. D'une part, elle met en lumière l'idée que nos lois pénales ne sont pas élaborées en vue d'être — au moins inconditionnellement — appliquées<sup>60</sup>. D'autre part, elle révèle les limites de l'intervention de la loi en matière pénale et rappelle, comme certains l'ont amplement démontré, qu'«il existe des règles de droit pénal *en dehors* du Code et des lois écrites<sup>61</sup>».

47. A. Glesener, *op. cit.*, p. 356.

48. A. Glesener, *op. cit.*, p. 354; A. Franchimont, *op. cit.*, p. 41; André Vitu, *op. cit.*, p. 507; A. Davidovitch et R. Boudon, «Les mécanismes sociaux des abandons de poursuites. Analyse expérimentale par simulation», dans *l'Année sociologique*, 1964, p. 139.

49. A. Glesener, *op. cit.*, p. 354.

50. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 205.

51. André Vitu, *op. cit.*, p. 507.

52. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 229; Jean-Charles Laurent, «Le classement sans suite», dans *Recueil de droit pénal*, Paris, 1948, p. 108.

53. A. Glesener, *op. cit.*, p. 356.

54. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 21.

55. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 231.

56. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 140 et 205; A. Glesener *op. cit.*, p. 356; Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 231 et 233; Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 189.

57. Jean-Charles Laurent, *op. cit.*, p. 108.

58. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 204.

59. *Ibid.*, p. 141, note 2.

60. Cf. Michel van de Kerchove, «Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques», in *Journal des tribunaux*, n° 5339, 1985, p. 329-334.

61. Robert Legros, «La règle de droit pénal», dans *la Règle de droit*, études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 242-259.

Le fait d'assimiler le principe d'opportunité des poursuites à une règle coutumière contredit cependant encore un autre principe traditionnel qui, cette fois, n'affecte plus seulement le droit criminel, mais encore l'ensemble de notre système juridique, à savoir qu'une règle coutumière ne peut jamais prévaloir sur des dispositions légales, à tout le moins lorsque celles-ci ont une portée impérative, comme c'est normalement le cas pour les règles fixant la répartition des pouvoirs au sein de l'État. Telle paraît certainement être la raison pour laquelle certains magistrats se sont efforcés de fonder le principe de l'opportunité sur «l'esprit de la *législation positive*», plutôt que sur une «règle coutumière<sup>62</sup>».

Ici encore, cependant, on peut se demander si cet enseignement ne traduit pas un certain dogmatisme et s'il ne convient pas davantage d'affirmer, comme certains l'ont fait, qu'«en Belgique tout au moins, il est reconnu à la coutume la force de compléter ou de *modifier* la répartition des pouvoirs dans l'État<sup>63</sup>».

Il faut donc affirmer — ajoute-t-on — que les autorités publiques sont moins étroitement soumises aux dispositions constitutionnelles et légales déterminant la sphère de leurs attributions, que les sujets du même État en ce qui concerne l'étendue et la réglementation de leurs droits respectifs. Qu'on l'approuve ou qu'on la condamne, cette différence exprime la situation actuelle de nos institutions politiques<sup>64</sup>.

Dans la mesure où il est fondé, un tel constat révèle évidemment d'une manière cruciale les limites mêmes de l'État de droit. S'il est vrai, en effet, que «le droit ne saurait se réduire à la Constitution et à la loi<sup>65</sup>» et que la coutume constitue elle-même une règle de droit, il ne faut pas perdre de vue le fait que la formation de cette règle se fonde ici avant tout sur la pratique de l'autorité publique qui en est le destinataire, même si elle suppose également une certaine forme de reconnaissance de la part des autres pouvoirs.

Dans le cas du ministère public, il ne semble pas faire de doute qu'une telle reconnaissance lui a été effectivement témoignée par les Cours et tribunaux, d'abord, qui ont explicitement reconnu cette prérogative dans de nombreuses décisions<sup>66</sup>; par le pouvoir exécutif, ensuite, qui, à de nombreuses reprises, a eu l'occasion, par ses directives<sup>67</sup>, ses recommandations<sup>68</sup>, ses entretiens avec les procureurs généraux<sup>69</sup>, ainsi que dans l'exposé des motifs accompagnant certains projets

62. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553.

63. François Rigaux, *op. cit.*, p. 369.

64. *Ibid.*, p. 370.

65. *Ibid.*

66. Cf. notamment: *Cass.*, 13 avril 1896, *Pas.*, 1896, I, p. 162: «Bien que le ministère public soit chargé par l'article 26, § 2 (de la loi du 28 février 1882 sur la chasse) de poursuivre d'office la contravention à l'article 4 commise sur une propriété qui fait partie du domaine public ou du domaine privé de l'État, il n'en est pas moins *juge de l'opportunité* de la poursuite»; *Cass.*, 10 février 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 104: «l'indépendance du ministère public [...] ne consiste pas à suspendre le cours de la Justice, en refusant de poursuivre et demeure entière en ce que le procureur du Roi reste le *maître* de prendre toutes les réquisitions qu'il juge convenir»; *Cass.*, 24 septembre 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 18: «Le procureur du Roi a le droit [...] de recueillir des renseignements ou des informations complémentaires afin d'*apprécier* s'il y a lieu [...] de laisser la plainte, la dénonciation ou le procès-verbal sans suite»; *Cass.*, 23 août 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1203: «Le ministère public *apprécie librement* l'*opportunité* des poursuites»; *corr. Nivelles*, 27 février 1976, *J.T.*, 1976, p. 369: «Le procureur du Roi a le droit [...] de recueillir des renseignements ou des informations complémentaires afin d'*apprécier* s'il y a lieu [...] de laisser la plainte, la dénonciation ou le procès-verbal sans suite»; *Cass.*, 9 décembre 1981, *J.T.*, 1983, p. 136 qui se réfère à des «cas que le ministère public aurait estimé, *en vertu de ses prérogatives*, ne pas devoir poursuivre»; *Bruxelles*, 30 juin 1983, *J.T.*, 1983, p. 523: «Le ministère public a reçu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 avril 1878 le droit exclusif d'exercer *s'il l'estime opportun*, l'action publique»; *Cass.*, 5 février 1985, *Journal des procès*, 22 mars 1985, p. 29: «C'est au ministère public qui est chargé de l'exécution de la loi pénale à *décider* si, prenant en considération les données de fait et les circonstances d'une affaire, des poursuites pénales sont justifiées ou non.»

67. Cf. par exemple, pour la Belgique, une circulaire du 10 novembre 1847 du ministère de la Justice d'où il résulte que «s'il importe que l'action publique reste *libre* entre les mains des magistrats auxquels elle a été confiée par la loi [...] la prudence exige que les officiers du ministère public n'entament des poursuites politiques qu'après s'être entourés de toutes les données propres à en faire apprécier le fondement et l'*opportunité*» (citée par Raymond Charles, *op. cit.*, p. 559). Pour la France, on citera par exemple une circulaire du 8 mars 1817 qui prescrit au ministère public «de ne poursuivre sur les plaintes qui lui sont faites, que lorsque le délit intéresse essentiellement l'ordre public, sauf, dans le cas contraire, et quand le délit ne blesse que des intérêts privés, à renvoyer le plaignant à se pourvoir lui-même comme partie civile» (citée par A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 141).

68. Cf. par exemple une circulaire du 13 juillet 1847 par laquelle le ministre de la Justice «recommande aux procureurs généraux lorsqu'ils auront à autoriser des poursuites contre des officiers de l'état civil, de ne pas perdre de vue que si des contraventions graves ou fréquentes appellent une répression, une sévérité trop grande ne pourrait qu'inspirer aux officiers de l'état civil de l'éloignement pour des fonctions souvent pénibles et gratuites» (*Pandectes belges, op. cit.*, col. 709).

69. Cf. *Bruxelles*, 30 juin 1983, *J.T.*, 1983, p. 524 où la Cour rappelle, en matière d'avortement, que «au cours d'entretiens avec les procureurs généraux, le ministre de la Justice avait attiré leur attention sur la nécessité de contribuer à la sérénité du travail parlementaire, suite à la reprise des travaux des commissions de la justice».

de loi<sup>70</sup>, de reconnaître le droit — si ce n'est, dans certains cas, l'obligation — pour le ministère public de ne pas poursuivre certaines infractions; par le pouvoir législatif, enfin, au moins d'une manière tacite, par l'absence d'une consécration plus explicite du principe de légalité qui aurait condamné la pratique du classement pour simple raison d'opportunité<sup>71</sup>, voire même d'une manière expresse, par l'allusion faite incidemment au droit du ministère public de classer une affaire sans suite<sup>72</sup>.

Il apparaîtrait, dès lors, non seulement que le principe de l'opportunité des poursuites constitue une règle de nature coutumière, mais que cette coutume, bénéficiant de la reconnaissance de l'ensemble des pouvoirs publics, a *prévalu* sur les différentes dispositions légales qui semblent consacrer le principe contraire.

C'est la solution à laquelle se rallie explicitement l'Avocat général Glesener, lorsqu'il affirme que

cet *usage* qui ne varie pas, l'a toujours *emporté* sur la disposition de l'article 132 du Code d'instruction criminelle qui veut que le Procureur du Roi soit tenu d'envoyer, dans les vingt-quatre heures au plus tard, au greffe du tribunal qui doit prononcer, toutes les pièces, après les avoir cotées<sup>73</sup>.

C'est également l'interprétation que consacre audacieusement le tribunal correctionnel de Nivelles lorsque après avoir rappelé le droit pour le procureur du Roi de «laisser la plainte, la dénonciation ou le procès-verbal sans suite», il n'hésite pas à ajouter que ceci «démontre bien que les articles 47, 53 et 64 du Code d'instruction criminelle sont tombés en désuétude<sup>74</sup>».

Bien qu'elle paraisse ainsi à la fois défendable d'un point de vue critique et qu'elle bénéficie d'un soutien non négligeable, cette interprétation nous paraît, sinon incorrecte, tout au moins, insuffisante.

Telle sera la portée de notre deuxième remarque.

Il semble, en effet, qu'à la différence de la plupart des règles coutumières, qui se caractérisent par leur particularisme, leur contingence et leur nature marginale par rapport à la cohérence d'ensemble du système juridique, le principe de l'opportunité des poursuites se caractérise à la fois par sa portée générale, sa nécessité au moins relative et sa place centrale dans l'économie du système auquel il appartient.

C'est la raison pour laquelle, de même qu'on a pu affirmer que certaines règles ou certains principes «s'imposent» par eux-mêmes en *dehors des textes de loi*, même si ceux-ci viennent à les «consacrer<sup>75</sup>», on peut se demander si certaines règles ou certains principes ne s'imposent pas également en *dehors des coutumes* dans lesquelles ils sont susceptibles de se manifester et s'ils ne revêtent pas, de ce fait, une certaine spécificité. Tel pourrait être précisément le cas du principe de l'opportunité des poursuites.

Une première caractéristique de ce principe paraît, en effet, résider dans son degré considérable de *généralité*. Cette généralité ne tient pas tant à l'étendue de ses destinataires immédiats, en l'occurrence les officiers du ministère public. Elle tient surtout au caractère très *peu spécifique* de son contenu d'abord, celui-ci se trouvant formulé dans des termes plus vagues et moins précis que la plupart des normes juridiques<sup>76</sup>. Elle tient ensuite au niveau *fondamental* qu'il occupe dans le fonctionnement du système juridique, étant donné qu'il ne tend pas comme tel à susciter un comportement particulier, mais à régir l'application d'un ensemble extrêmement étendu de normes qui tendent elles-mêmes à susciter un tel comportement<sup>77</sup>.

70. Cf. notamment l'exposé des motifs du projet initial déposé en matière de probation: «Ce projet bénéficie de l'expérience favorable de quelques grands parquets du Royaume qui, agissant dans la sphère limitée de leur *pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité des poursuites...*» (cité par Raymond Charles, «Mise à l'épreuve. Probation. Instructions générales», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1951-1952, p. 525-526).

71. On peut appliquer ici, *mutatis mutandis*, l'argument de «l'approbation tacite du pouvoir législatif» que F. Rigaux a invoqué par exemple en faveur de l'étendue que la Cour de cassation a donnée au «contrôle de légalité», au-delà des dispositions constitutionnelles (François Rigaux, *op. cit.*, p. 371-372).

72. Cf. la loi du 9 août 1963, déjà citée, sur laquelle M. Constant s'appuie pour affirmer que «le législateur belge a expressément reconnu la légalité de cette pratique» (*op. cit.*, p. 30).

73. A. Glesener, *op. cit.*, p. 356.

74. Corr. Nivelles, 27 février 1976, *J.T.*, 1976, p. 369.

75. Cf. notamment R. Legros, *op. cit.*, p. 243 et 245.

76. Joseph Raz, *op. cit.*, p. 838 et 841.

77. *Ibid.*, p. 835.

Telles paraissent être deux raisons complémentaires pour lesquelles on parle habituellement davantage du *principe* que de la *règle* de l'opportunité des poursuites.

Bien que la notion de «principe» reçoive alors des sens différents<sup>78</sup>, il apparaît en effet que cette qualification est souvent utilisée dans les deux types d'hypothèses, c'est-à-dire, soit lorsque les normes ont un contenu «générique<sup>79</sup>» plutôt que spécifique, soit lorsqu'elles constituent, selon la terminologie de Hart, des normes «secondaires» plutôt que «primaires<sup>80</sup>». A fortiori, semble-t-il, lorsque les deux hypothèses se trouvent simultanément réunies, comme c'est le cas par exemple pour le principe de la légalité criminelle, le principe de la territorialité des lois pénales ou le principe de leur non-rétroactivité. Or il en va précisément de même pour le principe de l'opportunité des poursuites.

Une deuxième caractéristique de ce principe réside dans sa *nécessité*, au moins relative.

Seul le recours à l'idée de nécessité permet en effet d'expliquer à la fois la *rapidité* avec laquelle le principe a été admis, malgré les dispositions légales apparemment contraires, et l'*universalité* de sa consécration, au moins dans certaines limites.

Comme le fait remarquer Michèle-Laure Rassat, on est en effet d'abord frappé de constater combien

l'habitude de classer sans suites des documents relatifs à des infractions que rien n'empêchait de poursuivre devait se répandre *très vite* dans les années qui suivirent *immédiatement* la promulgation du Code d'instruction criminelle, encouragée par les circulaires de la chancellerie et admise par la jurisprudence<sup>81</sup>.

D'autre part, même si l'on oppose traditionnellement les pays consacrant le principe de légalité des poursuites à ceux qui consacrent le principe d'opportunité, les auteurs ne manquent pas de rappeler la plupart du temps que ces systèmes «sont plus proches l'un de l'autre qu'il n'y paraît à première vue<sup>82</sup>». D'abord, parce que les deux systèmes, comme on l'a déjà évoqué, présupposent «certaines démarches intellectuelles semblables, qui s'imposent toujours au ministère public<sup>83</sup>»; ensuite parce que les limites existant entre l'appréciation de la légalité de la poursuite et l'appréciation de l'opportunité de la répression sont partiellement incertaines, et font apparaître, à certains égards, ces démarches comme «deux modes complémentaires d'une interprétation unique de la loi pénale<sup>84</sup>»; enfin, parce que l'obligation formellement consacrée de poursuivre toutes les infractions dans le système de légalité se trouve généralement tempérée dans la loi elle-même ou dans la pratique des parquets par une appréciation de l'opportunité de la répression dans d'assez nombreuses hypothèses<sup>85</sup>.

Or, comme le suggèrent de nombreux auteurs, il semble que ces phénomènes ne puissent s'expliquer sans recourir au moins partiellement à l'idée de «nécessité<sup>86</sup>» ou de «force des choses<sup>87</sup>».

78. *Ibid.*, p. 834-835.

79. *Ibid.*, p. 838.

80. H.L.A. Hart, *Le Concept de droit*, trad. par M. Van de Kerchove, avec la collaboration de J. van Drooghenbroeck et R. Célis, Bruxelles, facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105; Joseph Raz, *op. cit.*, p. 835.

81. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 229.

82. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 340; cf. également l'intervention de Jean Carbonnier soulignant au cours d'une discussion que ces «deux systèmes juridiques, tout en partant de principes opposés ... arrivent néanmoins à se réunir dans l'application» (*Connaissance et fonctionnement de la justice pénale; perspectives sociologiques et criminologiques*, Paris, 1979, p. 117).

83. *Ibid.*

84. Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 223. Comme le fait également remarquer L. de Wilde, le choix entre une interprétation stricte ou extensive de la loi pénale permettra souvent de présenter sous les apparences d'une appréciation de simple légalité et donc d'un classement «technique», ce qui pourrait être considéré autrement comme une appréciation d'opportunité, et donc comme un classement «politique» (*op. cit.*, p. 505).

85. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 342, note 1; F. Dumon, «Le rôle des organes de poursuites dans le procès pénal», dans *Tijdschrift voor strafrecht*, t. LXXIII, 1964, n° 4-5, p. 295: «Les autorités qui sont soumises au système de la légalité doivent *nécessairement*, lorsqu'elles recherchent, en vue d'une poursuite éventuelle, si des charges suffisantes existent et si tous les éléments de l'infraction sont réunis, être souvent tentées quand elles apercevraient la non-opportunité en fait, de la poursuite, de se montrer plus conciliantes ou généreuses dans leurs recherches... Ce serait alors une concession naturelle et *inéluctable*, faite au système de l'opportunité»; Klaus Sessar, «Les conditions d'action du ministère public compte tenu des facteurs administratifs, normatifs, pragmatiques et sociaux», in *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques*, *op. cit.*, p. 104 et suiv. qui, traitant du système pénal allemand où règne le principe de légalité, souligne les «expédients» auxquels les organes de poursuite se trouvent contraints de recourir afin de résoudre le conflit entre les exigences de la loi et les possibilités effectives dont ils disposent.

86. Jean-Charles Laurent, *op. cit.*, p. 108; Jaak van Kerckvoorde, «Beleid van parketmagistraten», *op. cit.*, p. 111.

87. Robillard, *Considérations sur l'institution du ministère public dans le système de l'accusation judiciaire*, Paris, 1821, cité par Michèle-Laure Rassat, *op. cit.*, p. 229; Klaus Sessar, *op. cit.*, p. 116.

Selon l'expression de A. Davidovitch et R. Boudon, «en l'occurrence, c'est la *nécessité* qui semble avoir créé la *licéité*<sup>88</sup>».

Cette *nécessité* concerne d'abord, il faut le rappeler, l'appréciation de la légalité de la poursuite. En effet, si selon l'article 22 du Code d'instruction criminelle, «les procureurs du Roi sont chargés ... de la poursuite de tous les délits», il semble nécessaire qu'ils apprécient si les faits dont ils ont connaissance ont au moins l'apparence d'une infraction aux yeux de la loi, ce qui implique notamment l'interprétation de celle-ci. C'est la raison pour laquelle, on rappelle souvent à juste titre que l'une des sources du pouvoir d'appréciation du ministère public réside dans l'indétermination des normes juridiques applicables<sup>89</sup> qui est inhérente au langage et, de ce fait, inévitable, au moins dans certaines limites<sup>90</sup>.

Cette *nécessité* concerne cependant aussi l'appréciation de l'opportunité de la poursuite.

Selon la thèse de A. Davidovitch et R. Boudon, c'est en effet «la tendance croissante du système vers un aménagement économique de ses moyens, vers un certain *économisme*<sup>91</sup>» intervenue sous la pression des faits qui constitue le véritable fondement de la pratique du classement sans suite qui n'a cessé de s'amplifier depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle.

De nombreux auteurs ont souligné, dans le même sens, que «le pouvoir de poursuivre implique un large pouvoir discrétionnaire parce qu'il est dans la *nature des choses* que toutes les lois ne puissent être appliquées<sup>92</sup>». Même si certains estiment à la fois souhaitable et concevable de développer un système juridique «dans lequel, pour ainsi dire, toutes les lois seraient appliquées en conformité avec leurs termes et dans lequel toute infraction connue par les organes d'application serait poursuivie», ces auteurs reconnaissent qu'il existe sans doute au moins «certains domaines exceptionnels où un important pouvoir discrétionnaire est inévitable<sup>93</sup>».

Personne ne conteste, a fortiori, que l'appréciation de l'opportunité des poursuites est rendu inévitable dans le cadre de nos systèmes juridiques contemporains caractérisés par une véritable inflation pénale<sup>94</sup> et dont le fonctionnement est devenu impossible sans ce mécanisme d'«auto-régulation<sup>95</sup>» que constitue l'appréciation de l'opportunité des poursuites. Dans cette perspective, le classement sans suite est devenu en quelque sorte, comme on l'a suggéré, «la mesure de l'inapplicabilité de la loi<sup>96</sup>».

Une troisième caractéristique du principe d'opportunité réside dans la place centrale qu'il occupe dans l'ensemble du système pénal. C'est en ce sens qu'on a pu dire, à juste titre semble-t-il, que le principe de l'opportunité des poursuites avait la nature d'un «principe général du droit pénal<sup>97</sup>», la généralité du principe n'exprimant plus seulement cette fois le caractère générique de son contenu, mais le rapport étroit existant entre celui-ci et l'économie globale du système auquel il appartient.

Le lien qu'on peut établir entre l'existence de principes généraux du droit et l'idée de système a été suffisamment souligné dans la théorie du droit pour qu'il ne soit pas nécessaire de le développer longuement<sup>98</sup>. Robert Legros a cependant introduit une distinction à ce sujet qui intéresse directement

88. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 204.

89. Cf. notamment Joseph Raz, *op. cit.*, p. 846 et Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 217 qui citent l'indétermination des termes légaux comme l'une des sources du pouvoir discrétionnaire en général. Cf. également L. de Wilde, *op. cit.*, p. 505 à propos du pouvoir d'appréciation du ministère public.

90. Cf. notamment à ce propos Michel van de Kerchove, «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», dans M. van de Kerchove (édit.), *l'Interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 34-36.

91. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 206.

92. Cette idée est rapportée par Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 192.

93. *Ibid.*, p. 164-165.

94. L. de Wilde, *op. cit.*, p. 504; Raymond Charles, «Du ministère public», *op. cit.*, p. 553, qui reconnaît que le classement sans suite est notamment — bien que non exclusivement — «une réponse à l'impossibilité matérielle de faire constater et de poursuivre toutes les infractions, réponse d'autant plus *nécessaire* qu'à l'inflation législative de caractère pénal ne correspond pas une augmentation proportionnelle des moyens d'évacuer la matière»; Alain De Nauw, «Schets van de structurele context van de vervolgingsbeslissing», dans *Rechtskundig weekblad*, 1977, col. 1285; Georges Kellens, «Recherches récentes sur l'administration de la justice pénale», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1979, p. 205.

95. Jaak Van Kerckvoorde, «Belcid van parketmagistraten ...», *op. cit.*, p. 113; J. Du Jardin, «La politique criminelle du ministère public», dans *Libèr amicorum Frédéric Dumon*, t. I, Anvers, 1983, p. 450.

96. J. Michaux, «Chronique du parquet et de l'instruction», dans *Revue de science criminelle*, 1977, p. 906; J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 450.

97. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 142.

98. Cf. notamment Jean-G. Renaud, «La systématisation dans le raisonnement juridique», dans *Logique et analyse*, 1958, n° 3-4, p. 178.

notre propos. Partant de l'idée que «les principes généraux sont prévus ... pour former un système unifié, cohérent<sup>99</sup>», «pour *produire*» un tel système<sup>100</sup> et en constituer «la proposition directrice de base<sup>101</sup>», il estime nécessaire de distinguer ce qu'il appelle des «règles» de droit pénal susceptibles de s'imposer également en l'absence de textes légaux.

Bien qu'elle ait également un rapport étroit avec l'idée de système, la règle de droit pénal, selon lui, à la différence des principes généraux, «se dégage *de* l'économie du système», «est une *conséquence*, une *suite* normale, logique ... objectivement dégagee du donné, du *quod est*, observée dans son application, postérieure à l'expérience<sup>102</sup>», un «élément d'un ensemble cohérent», une «implication structurale»<sup>103</sup>, complétant «nécessairement, logiquement et utilement les lois écrites...», en considération de leurs *buts* et *fondements*<sup>104</sup>.

Bien que le terme «règle» nous paraisse peu pertinent pour rendre compte de la spécificité de ce type de proposition, pour les raisons que nous avons déjà évoquées précédemment, cette distinction semble très judicieuse pour montrer comment ce que nous serions tentés, à défaut d'un meilleur terme, d'appeler des «principes généraux du droit<sup>105</sup>» sont susceptibles de s'articuler de *deux* façons différentes par rapport à l'idée de système. Bien que cette distinction soit elle-même sans doute relative, on peut, en effet, considérer que certains principes ont davantage un rôle «fondateur», tandis que d'autres ont davantage la nature d'une «implication structurale», pour reprendre l'expression de Robert Legros.

Or, bien que ce dernier ne cite pas le principe d'opportunité des poursuites dans les exemples qu'il développe, il semble précisément possible, à l'heure actuelle, de le rattacher à cette deuxième catégorie.

Pour s'en convaincre, il convient d'apercevoir que le principe d'opportunité, tel qu'il est *actuellement* conçu, ne se fonde pas seulement sur l'idée qu'il n'est pas «possible... pour une société de tout poursuivre», mais encore sur l'idée que cela n'est pas «*souhaitable*»<sup>106</sup>. De ce point de vue, le principe ne traduit pas seulement une *nécessité*, mais encore un *idéal*.

Or cet idéal ne se définit pas seulement à partir de considérations philosophiques relatives à la fonction de la peine: il est tributaire des buts et des fondements d'un système pénal déterminé, tels qu'ils se dégagent d'un ensemble plus ou moins important de dispositions légales et qui reflètent, à un moment donné, l'«esprit» ou l'«économie générale» de ce système.

À cet égard, il est incontestable que l'esprit des systèmes pénaux belge et français, comme celui de la plupart des pays occidentaux, a profondément évolué entre le début et la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. À la culpabilité du délinquant qui constituait en principe le *fondement* exclusif de la répression, s'est ajouté — ou substitué dans certains cas — le critère de sa dangerosité. À l'*objectif* de rétribution et de prévention générale qui était assigné à la peine, s'est, par ailleurs, ajouté — et dans une certaine mesure substitué — un objectif de réhabilitation et de prévention individuelle. À l'*esprit* légaliste et égalitaire qui dominait le système répressif, s'est substitué, du moins partiellement, une conception utilitariste et individualisante.

De nombreux mécanismes adoptés par la loi, tels que les circonstances atténuantes, la libération conditionnelle, le sursis, la suspension du prononcé, l'avertissement ou la transaction pénale illustrent de manière plus ou moins radicale cette évolution.

Il paraît, dès lors, possible de considérer que, dans une de ses dimensions essentielles, le principe d'opportunité des poursuites peut être déduit de cette «structure» nouvelle du système pénal et résulte d'une «cohérence nécessaire<sup>107</sup>» au sein de celui-ci.

99. Robert Legros, *op. cit.*, p. 243.

100. *Ibid.*, p. 255.

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*, p. 243.

103. *Ibid.*, p. 251.

104. *Ibid.*, p. 252.

105. L'erreur de Robert Legros nous paraît résider dans le fait qu'il identifie les principes généraux aux «principes légaux» (*op. cit.*, p. 247), qui forment le «droit pénal général» (*ibid.* p. 243), alors que l'on donne traditionnellement à cette notion une étendue plus large qui englobe précisément ce qu'il appelle des «règles» qui s'imposent d'elles-mêmes, en dehors des textes de loi» (*ibid.*).

106. Georges Kellens, *op. cit.*, p. 205; Jaak van Kerckvoorde, «Beleid van parketmagistraten ...», *op. cit.*, p. 204: «Seponeren is niet slechts een noodzaak: ze is ook — en vooral — een zeer *wenselijke* afhandelingsvorom» («Le classement sans suite n'est pas seulement une nécessité: il est aussi — et surtout — un type de solution très *souhaitable*»).

107. Robert Legros, *op. cit.*, p. 248.

En ce sens, pour reprendre l'expression de Robert Legros, il apparaît que ce principe complète «nécessairement, logiquement et utilement les lois écrites... en considération de leurs buts et fondements<sup>108</sup>».

Le principe d'opportunité ne fait, en effet, que prolonger au niveau de l'action des parquets la «politique criminelle» nouvelle adoptée par le législateur, «axée sur la prévention de l'infraction et sur l'effort de réinsertion sociale de ceux qui ont été condamnés par le recours à l'individualisation de la peine et de son exécution<sup>109</sup>».

C'est la raison pour laquelle il n'est sans doute pas faux d'affirmer que le principe de l'opportunité des poursuites, bien qu'il soit contraire à la lettre des dispositions du Code d'instruction criminelle, se fonde sur l'«esprit de la législation positive<sup>110</sup>», car il n'est plus sûr «que le *vœu* de la loi et l'exécution de la loi soient l'exercice de l'action publique par la poursuite intentée toujours, en toute circonstance et à tout prix<sup>111</sup>». Alors que le principe de légalité reflète une conception implicite selon laquelle «l'intérêt général exige des poursuites», le principe d'opportunité reflète dès lors la conception opposée qui «laisse au contraire aux autorités d'accusation le soin d'apprécier l'utilité concrète de la répression et l'intérêt de la société à voir punir l'infraction commise<sup>112</sup>».

Dans la même perspective, on peut encore ajouter que ce principe est encore susceptible de prendre deux formes différentes selon la nature précise de cette conception sous-jacente.

Selon une conception dominante, au moins jusqu'il y a peu, en Belgique, l'application de la loi pénale bénéficiait d'une présomption «favorable» de conformité à l'intérêt général. Reflétant cette conception, le principe de l'opportunité des poursuites était consacré d'une manière «négative<sup>113</sup>», au sens où «en règle, le ministère public a l'obligation de poursuivre l'exécution de la loi, la faculté de ne pas le faire pour des raisons d'inopportunité n'étant que l'*exception*<sup>114</sup>».

Selon une conception plus récente, vers laquelle la Belgique évoluerait en ce moment aux yeux de certains<sup>115</sup>, l'application de la loi pénale se trouverait soumise au principe de «subsidiarité», selon lequel il convient de n'y recourir qu'après avoir épuisé toutes les possibilités alternatives<sup>116</sup>. À cette conception correspondrait une consécration «positive» du principe d'opportunité, aux termes de laquelle l'abandon des poursuites serait la règle et la poursuite l'exception<sup>117</sup>.

Il ne fait pas de doute que, dans les deux cas, la portée exacte du principe implique et reflète une conception d'ensemble relative au rôle et aux objectifs du système pénal.

## II. LES LIMITES DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU MINISTÈRE PUBLIC

Sans pouvoir consacrer à cette question tous les développements qu'elle exigerait, on se contentera de rappeler les principales formes de contrôle affectant, en droit belge, l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites, les formes de régulation que ces contrôles révèlent et la nature de celles-ci.

De même qu'on a pu dire du pouvoir discrétionnaire, en général, qu'il «est ou n'est pas et qu'il ne comporte pas de degré<sup>118</sup>», on a pu affirmer que le ministère public, dans l'application de la loi, est investi d'un «pouvoir souverain d'appréciation ...; souverain, ce pouvoir est arbitraire<sup>119</sup>».

108. *Ibid.*, p. 252.

109. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 554. Dans le même sens, cf. A. Glesener, *op. cit.*, p. 360.

110. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 554.

111. Robert Vouin, «Le ministère public dans l'exercice de sa «magistrature particulière» en matière répressive, dans *Journal des tribunaux*, n° 3968, 1953, p. 83. Dans le même sens, cf. Alain De Nauw, «La décision de poursuivre. Instruments et mesures», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, p. 465: «si le code de procédure pénale a donné pour but à l'action publique l'application des peines, il convient d'observer qu'une telle définition ne correspond plus entièrement à la réalité».

112. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 340.

113. L. de Wilde, *op. cit.*, p. 503.

114. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553. C'est à tort cependant que l'auteur associe cette conception à l'école de «subsidiarité du droit répressif» (*ibid.*).

115. L. de Wilde, *op. cit.*, p. 503.

116. Jaak van Kerckvoorde, «Beleid van parketmagistraten...», *op. cit.*, p. 112.

117. L. de Wilde, *op. cit.*, p. 503.

118. Léon Moureau, *op. cit.*, p. 449.

119. Jules Messine, *l'Égalité et l'individualisation de la peine*, dans *l'Égalité*, vol. IV, Études publiées sous la direction de R. Dekkers, P. Foriers, Ch. Perelman, par Léon Ingber, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 18.

Pour exactes qu'elles soient, ces affirmations n'excluent évidemment pas l'existence de *limites* — plus ou moins rigides — à l'intérieur desquelles ce pouvoir peut être exercé ni de contrôles portant sur leur respect. Il est manifeste, d'autre part, que le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en général n'a cessé de s'élargir au cours de ces dernières décennies<sup>120</sup>, tout au moins dans le chef des autorités administratives. Voyons dans quelle mesure ces considérations s'appliquent également au pouvoir d'appréciation du ministère public.

#### 1. CONTRÔLE DU POUVOIR LÉGISLATIF

L'intervention du législateur en vue de limiter le pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites peut s'envisager à des niveaux très différents.

On peut tout d'abord concevoir que la loi assigne elle-même certaines limites à l'exercice de ce pouvoir. Tel est le cas, par exemple, aux Pays-Bas où l'article 167 du Code de procédure pénale prévoit formellement que l'abandon de poursuite ne peut se fonder que sur des raisons d'intérêt général<sup>121</sup>. Tel est en définitive aussi le cas en Allemagne où, à titre de tempérament au principe de légalité des poursuites, le Code de procédure pénale a explicitement admis la possibilité d'un classement sans suite pour les contraventions de police, le cas d'un concours d'une infraction insignifiante avec une infraction plus grave, les infractions commises à l'étranger, les infractions contre la sûreté de l'État et les infractions que l'on ne peut poursuivre que sur plainte de la victime<sup>122</sup>.

En ce qui concerne la Belgique, il est cependant certain qu'aucun critère n'est imposé par le législateur<sup>123</sup>. Ce qui paraît évident puisque le principe de l'opportunité lui-même n'est consacré formellement par aucun texte légal.

D'autres formes d'intervention ne sont pas pour autant exclues.

Il existe certains cas où le ministère public «abandonne, à l'égard de certains délits, *systématiquement* les poursuites»<sup>124</sup>, tenant compte «du doute qui se manifeste dans l'opinion publique générale, au sujet du bien fondé et du sens des dispositions pénales actuelles»<sup>125</sup>. Dans de tels cas, il arrive qu'une telle politique aboutisse à une modification de la loi elle-même<sup>126</sup>. Dans d'autres cas, cependant, il arrive que le législateur repousse les modifications proposées, contredisant ainsi la politique amorcée par le ministère public.

L'exemple de l'avortement illustre en Belgique cette hypothèse. Après que les parquets généraux aient décidé «d'interrompre les poursuites jusqu'à décision du pouvoir législatif», «afin de laisser au pouvoir compétent la possibilité de s'éclairer, de s'informer et de discuter dans la sérénité et sans hâte excessive», les juridictions ont constaté que «la décision du législateur intervint dans un sens *défavorable* à la dépenalisation puisque les projets de loi successifs déposés par les tenants de cette éthique furent repoussés par les parlementaires de l'une comme de l'autre Chambre<sup>127</sup>». Il en fut déduit que «ce faisant, le législateur a clairement stipulé que les articles 348 à 353 du Code pénal (réprimant l'avortement) sont toujours d'application<sup>128</sup>».

Bien qu'une telle intervention ne fasse pas radicalement obstacle à ce que le ministère public poursuive sa politique d'abandon systématique des poursuites, on peut estimer qu'il s'agirait là d'un réel «excès de pouvoir»<sup>129</sup>, le ministère public s'arrogeant alors «le droit de devenir le juge de l'opportunité de la loi», alors qu'il n'est «juge que de l'opportunité de l'application de la loi aux cas individuels qui relèvent de sa compétence<sup>130</sup>».

Une autre forme d'intervention du législateur fut envisagée en Belgique, en rapport également avec le problème de l'avortement.

Dans le but identique d'observer temporairement une «trêve judiciaire» en cette matière, une proposition de loi fut déposée en vue de suspendre pour une période déterminée les poursuites

120. Léon Moureau, *op. cit.*, p. 463.

121. Raymond Charles, «Du ministère public», *op. cit.*, p. 553.

122. Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 542, note 1.

123. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553.

124. Alain De Nauw, «La décision de poursuivre...», *op. cit.*, p. 451.

125. *Ibid.*, p. 452.

126. *Ibid.*, p. 451.

127. Bruxelles, 30 juin 1983, *J.T.*, 1983, p. 523.

128. Cass., 5 février 1985, *Journal des procès*, 22 mars 1985, p. 30.

129. F. Dumon, «La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions», in *Journal des tribunaux*, 1975, p. 563; «De l'État de droit», in *Journal de tribunaux*, 1979, p. 476.

130. Raymond Charles, *op. cit.*, p. 553.

basées sur les dispositions du Code pénal relatives à l'avortement<sup>131</sup>. Le Conseil d'État jugea cependant cette proposition inconstitutionnelle, en tant qu'elle portait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs<sup>132</sup>. Afin de contourner cet obstacle juridique, d'autres propositions de loi furent déposées tendant, cette fois, à suspendre les dispositions mêmes du Code pénal, plutôt que les poursuites basées sur celles-ci. Bien que ces propositions aient été à leur tour repoussées, on peut considérer qu'elles auraient constitué une façon très spécifique pour le législateur de limiter le pouvoir d'appréciation du ministère public, en ce qui concerne l'opportunité des poursuites à l'égard d'une infraction déterminée.

Enfin, on peut évidemment rappeler l'existence d'un contrôle indirect que le législateur pourrait, théoriquement au moins, exercer sur l'opportunité des poursuites, ou, plus précisément dans ce cas, sur l'opportunité de l'absence de poursuite. Nous songeons ici au droit d'injonction positive que l'article 274 du Code d'instruction criminelle confère au ministre de la Justice à l'égard du procureur général en ce qui concerne la poursuite des délits, droit que le ministre exerce sous une responsabilité dont il *répond devant les Chambres*.

En matière d'avortement, une fois encore, on a pu ainsi rappeler que « quatre ministres de la Justice se sont succédé à la tête du département depuis le début de la controverse et aucun d'entre eux, à défaut de pouvoir enjoindre à un procureur général de ne pas poursuivre, n'a fait usage de son droit d'injonction », et conclure que « *le Parlement n'a pas sanctionné* cette attitude en refusant sa confiance à ces ministres à l'occasion du vote annuel de leur budget ou à toute autre occasion<sup>133</sup> ».

Dans ce cadre, il apparaît cependant que le contrôle parlementaire prendrait une forme plus politique que juridique. D'autre part, vu l'inexistence, en pratique, d'un tel contrôle, il est évidemment impossible d'en tirer le moindre enseignement touchant les critères normatifs sur la base desquels il s'exercerait.

Plus riche à cet égard, serait peut-être l'étude de cette autre forme de contrôle législatif que constitue la procédure des questions et des interpellations parlementaires ainsi que celles des commissions d'enquête<sup>134</sup> qui répercutent très souvent les jugements d'une partie au moins de l'opinion publique touchant l'opportunité ou l'inopportunité des poursuites en certaines matières<sup>135</sup>. Bien qu'elles contribuent sans doute d'une manière déterminante à éclairer le ministère public sur l'état actuel de cette opinion et à infléchir au moins partiellement sa politique de poursuites, il paraît cependant difficile d'y voir autre chose qu'une forme diffuse de régulation sociale de son pouvoir d'appréciation.

## 2. CONTRÔLE DU POUVOIR EXÉCUTIF

L'étendue du contrôle que le ministre de la Justice peut exercer sur la façon dont le ministère public remplit sa mission est déterminée par le caractère partiellement hybride du statut de ce dernier. « Participant à la fois et du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire<sup>136</sup>, le ministère public est considéré comme étant « tantôt organe judiciaire, tantôt organe exécutif<sup>137</sup> ».

En tant qu'il participe à l'exercice du pouvoir judiciaire, il ne relève pas du ministre de la Justice<sup>138</sup>; en tant qu'organe exécutif, par contre, il en relève dans la mesure établie par la loi.

À cet égard, il ne fait pas de doute, tout d'abord, que le ministre de la Justice possède, en vertu de l'art. 274 du Code d'instruction criminelle, le droit d'*ordonner* au ministère public d'intenter des poursuites. À défaut de texte légal en ce sens, on considère, par contre, traditionnellement qu'il ne possède pas le droit d'*interdire* l'intentement des poursuites répressives<sup>139</sup>, à tout le moins

131. *Doc. parl.*, Sénat, 1972-1973, n° 94.

132. *Doc. parl.*, Sénat, 1972-1973, n° 163.

133. Bruxelles, 30 juin 1983, *J.T.*, 1983, p. 525.

134. G.J.Y. Verhegge, « Beschouwingen bij het beleid van het openbaar ministerie », in *Rechtskundig Weekblad*, 1983, col. 1358.

135. Un certain nombre d'exemples sont incidemment passés en revue par Raymond Charles, *op. cit.*, p. 556 et suiv.

136. *Doc. parl.*, Chambre, 1864-1865, p. 108.

137. R. Hoyoit de Termicourt, « Propos sur le ministère public », dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1936, n° 8-9-10, p. 982.

138. *Ibid.*, p. 983.

139. R. Hoyoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 986 et suiv.; R. Charles, *op. cit.*, p. 556 et suiv.

dans une affaire déterminée, pas plus qu'il ne possède le pouvoir d'arrêter des poursuites déjà entamées<sup>140</sup>.

Cette différence établie entre l'injonction «positive» et l'injonction «négative» a été souvent justifiée par «l'intérêt social de la répression<sup>141</sup>» et le fait que «l'intentement des poursuites ne préjuge pas des décisions du tribunal», alors qu'«une interdiction de poursuivre équivaldrait en fait à un acquittement<sup>142</sup>».

Il faut cependant apercevoir que cette justification est difficilement compatible avec la conception actuelle que nous avons déjà évoquée selon laquelle l'abandon de poursuites n'apparaît plus seulement comme une nécessité, mais encore comme un idéal dans de nombreux cas.

Il résulte, par ailleurs, des articles 151 et 154 de la loi du 18 juin 1869 que le procureur général exerce ses fonctions sous l'*autorité* et la *surveillance* du ministre de la Justice.

Si l'on s'accorde généralement pour considérer que ces dispositions ne confèrent pas au ministre de la Justice le droit de s'immiscer dans la «*direction*» de l'action publique<sup>143</sup>, ni d'«effectuer par lui-même les actes de poursuite<sup>144</sup>», on admet par contre qu'elles lui accordent le pouvoir, en tant que supérieur hiérarchique, d'adresser au ministère public des «*instructions*<sup>145</sup>» ou des «*recommandations*<sup>146</sup>» et d'exercer à son égard un pouvoir *disciplinaire*<sup>147</sup>.

Ces deux types de contrôle méritent d'être rapidement évoqués.

Le pouvoir d'adresser des instructions ou des recommandations au ministère public soulève deux types de problèmes relatifs à leur contenu, d'abord, à leurs destinataires, ensuite.

Le premier problème est de savoir quel peut être leur contenu.

Nul n'ignore ni ne conteste l'existence de «nombreux *contacts* entre le ministre de la Justice et les procureurs généraux<sup>148</sup>» au cours desquels des «observations» ou des «conseils» sont susceptibles d'être formulés<sup>149</sup>. Quel que soit leur impact décisif dans la politique de poursuite du ministère public, de tels conseils peuvent difficilement être assimilés à de véritables normes juridiques. La question devient plus délicate, par contre, lorsque ces rapports hiérarchiques prennent la forme de «circulaires» ou d'«instructions» à portée *générale*, «recommandant» ou «enjoignant» de ne pas poursuivre dans certaines conditions, ou de ne le faire que moyennant information ou autorisation préalable du ministre. Un certain nombre de circulaires ont été historiquement adoptées en Belgique, illustrant ces différentes hypothèses, notamment en matière d'infractions commises à l'étranger, de délits politiques et de presse<sup>150</sup>.

Même si l'on a pu dire qu'il s'agissait là d'une «pratique purement administrative<sup>151</sup>», le caractère juridiquement obligatoire de ces circulaires paraît beaucoup plus vraisemblable<sup>152</sup>.

Il convient cependant encore de préciser le champ d'application personnel de ces circulaires.

Se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'État, R. Charles distingue, en effet, d'une part, ce qu'il appelle les «vraies circulaires» qui auraient la nature d'une «mesure d'ordre intérieur», d'une «injonction qui intéresse uniquement les parquets et leurs chefs» et, d'autre part, les «fausses circulaires» qui «sous l'apparence de mesures d'administration interne, créent de nouveaux droits ou de nouvelles obligations pour les destinataires de la règle juridique et qui, à ce titre, modifient l'ordonnement juridique dans le sens d'un adoucissement de ses prescriptions comme dans le sens d'un renforcement de celles-ci»<sup>153</sup>.

140. Déclaration du ministre de la Justice, dans *Doc. parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 2, p. 17.

141. R. Hoyoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 988.

142. Déclaration du ministre de la Justice, citée par R. Charles, *op. cit.*, p. 557.

143. Cf. notamment Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 32.

144. Chevallier Braas, *Précis de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1., Bruxelles-Liège, p. 53.

145. *Ibid.*

146. Ch. van Reepinghen, *Rapport sur la réforme judiciaire*, vol. I, Moniteur belge, p. 133, cité par R. Charles, *op. cit.*, p. 558.

147. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 32.

148. Alain De Nauw, «La décision de poursuivre...», *op. cit.*, p. 453. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Bruxelles, dans son arrêt du 30 juin 1983, faisait remarquer, à propos du problème de la répression de l'avortement qu'au cours d'*entretiens* avec les procureurs généraux, le ministre de la Justice avait attiré leur *attention* sur la nécessité de contribuer à la sérénité du travail parlementaire» (*J.T.*, 1983, p. 124.)

149. R. Charles, *op. cit.*, p. 561.

150. Cf. la référence à la plupart de ces circulaires dans R. Hoyoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 992 et suiv.; R. Charles, *op. cit.*, p. 559 et suiv.

151. R. Hoyoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 992.

152. Leur licéité a d'ailleurs été généralement admise. Cf. Chevallier Braas, *op. cit.*, p. 54; *Répertoire pratique de droit belge*, v° Ministère public, *loc. cit.*, p. 203.

153. R. Charles, *op. cit.*, p. 562.

Or il apparaît probable non seulement que seule la première catégorie de circulaires soit conforme aux dispositions constitutionnelles et légales<sup>154</sup>, mais encore que telle soit bien la portée juridique de celles qui ont été effectivement adoptées.

L'on reconnaît, en effet, d'une façon constante que l'«inobservation par les parquets de ces circulaires n'influerait pas» sur la *validité* des actes de poursuite ... faits sans l'agrément du ministre ou même contre sa volonté<sup>155</sup>, ce qui tend bien à démontrer qu'elles constituent «une affaire du pur ordre *intérieur* et administratif<sup>156</sup>». Sur ce même plan intérieur, par contre, on laisse entrevoir la possibilité pour le ministre, en tant que supérieur hiérarchique, de prendre ou de proposer les sanctions *disciplinaires*<sup>157</sup> qui paraîtraient s'imposer. Même si elle a pu être critiquée<sup>158</sup>, une distinction est ainsi établie entre «un *droit disciplinaire*» (sanctions administratives en cas de poursuites engagées malgré les instructions ministérielles) et une *procédure pénale* (validité des poursuites intentées en violation de ces mêmes instructions).

En ce qui concerne, par ailleurs, le pouvoir disciplinaire qui se trouve reconnu au ministre de la Justice, on se contentera d'ajouter qu'il est susceptible de s'exercer non seulement au cas où ses instructions auraient été méconnues, mais encore dans d'autres hypothèses où le ministère public aurait «manqué aux devoirs de la charge<sup>159</sup>».

L'évocation de certaines d'entre elles présente l'intérêt de rappeler l'existence de contraintes juridiques supplémentaires affectant l'exercice de son pouvoir d'appréciation. On rappelle ainsi que l'exercice de ce pouvoir doit rester «*dans les limites de la fin légale* qui en est le fondement<sup>160</sup>», «servir la *fin* en vue de laquelle elle (la poursuite répressive) est instituée<sup>161</sup>» et répondre «nécessairement à un souci d'*intérêt général*<sup>162</sup>».

Il en résulte que «des décisions fondées sur l'influence de la situation sociale du délinquant ou sur l'intérêt d'une classe, d'un groupe ou d'un parti» sont considérées comme ne répondant pas à ces exigences et comme faisant «dégénérer le principe de l'opportunité en un régime *arbitraire* et *partisan*<sup>163</sup>».

D'autre part, à la lumière de l'évolution des conceptions relatives aux fins du droit pénal, qui a déjà été évoquée, il semble possible d'envisager actuellement des mesures disciplinaires non seulement à l'égard de ceux qui «agissent avec trop de *mollesse* ou de *négligence*<sup>164</sup>», mais encore contre ceux qui auraient «inténué l'action avec *témérité* ou avec *partialité*<sup>165</sup>».

### 3. CONTRÔLE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Nous n'évoquerons pas ici les pouvoirs exceptionnels qui se trouvent reconnus à la Chambre des mises en accusation et à la Cour d'appel d'ordonner des poursuites<sup>166</sup> ni non plus la possibilité que possède la partie qui se prétend lésée par une infraction de se constituer partie civile devant le juge d'instruction ou devant les juridictions répressives.

Bien qu'il s'agisse là de différents «*correctifs* au droit du ministère public de classer une affaire sans suite<sup>167</sup>», il ne s'agit pas là de véritables contrôles susceptibles de révéler des critères *normatifs* limitant son pouvoir d'appréciation.

D'autre part, on rappellera encore que contrairement à ce que prévoient d'autres systèmes juridiques, comme le droit hollandais par exemple<sup>168</sup>, il est traditionnellement admis que le droit belge «n'ouvre *aucun recours* contre le refus du ministère public de mettre en mouvement l'action

154. *Ibid.*

155. *Répertoire pratique de droit belge*, v° Action publique, *loc. cit.*, p. 177.

156. Chevallier Braas, *op. cit.*, p. 54.

157. R. Hayoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 1001.

158. R. Vouin, «Le ministère public dans l'exercice de sa «magistrature particulière». .», *op. cit.*, p. 82.

159. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 31.

160. *Ibid.*, p. 32.

161. F. Dumon, «Le rôle des organes de poursuites dans le procès pénal», *op. cit.*, p. 295.

162. *Ibid.*

163. *Ibid.*, p. 294.

164. Déclaration du ministre de la Justice Masson, dans *Ann. parl.*, Chambre, séance du 5 mai 1922, citée par R. Charles, *op. cit.*, p. 556.

165. R. Hayoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 1001.

166. À cet égard, cf. notamment Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 24; Alain De Nauw, *Kontrolle over vervolging en seponering*, dans *Liber amicorum Herman Bekaert*, Gand, 1977, p. 81-85.

167. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 23.

168. Cf. R. Charles, *op. cit.*, p. 553, note 3.

publique», la loi ayant, comme on vient de le rappeler, «pourvu par d'autres moyens à la garantie des droits du citoyen qui se croirait lésé par ce refus<sup>169</sup>».

On se contentera dès lors d'envisager la possibilité pour le juge répressif saisi par le ministère public de contrôler la régularité même de cette saisine. Il est, en effet, traditionnellement enseigné que «les juridictions de jugement ont le devoir d'apprécier la légalité, la régularité de ses actes et le fondement de ses prétentions<sup>170</sup>», mais qu'ils «n'ont jamais à se prononcer sur l'opportunité de son action<sup>171</sup>», «ni sur l'usage que celui-ci a fait des pouvoirs que la loi lui attribue, ni sur la manière dont il exerce ses fonctions<sup>172</sup>».

Comment faut-il concilier ces deux affirmations? L'interprétation qui en est souvent faite consiste à dire qu'une fois «le juge correctionnel saisi d'une infraction pénale», il «doit la juger<sup>173</sup>» et «se prononcer uniquement sur les *faits* qui lui sont soumis<sup>174</sup>», ne pouvant «se dispenser de statuer sur l'action intentée par le ministère public, à peine de déni de justice<sup>175</sup>».

Cette façon de présenter les choses paraît cependant discutable: elle omet, en effet, la première dimension du problème qui consiste, avant d'examiner le fond de l'affaire, à apprécier non pas l'*opportunité*, mais la *légalité* de la poursuite elle-même par laquelle le juge se trouve saisi.

À partir du moment, en effet, où l'on reconnaît, comme nous l'avons déjà rappelé, que l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites ne peut être purement arbitraire, mais doit rester «dans les *limites de la fin légale* qui en est le fondement<sup>176</sup>», il n'y a aucune contradiction à reconnaître que malgré la caractère discrétionnaire de ce pouvoir à l'intérieur de telles limites, le juge puisse, avant d'apprécier le fondement des prétentions du ministère public, contrôler la légalité de la poursuite, comprise ici comme la conformité de celle-ci à la fin légale pour laquelle elle a été instituée.

Ce faisant, le juge ne ferait que suivre l'évolution consacrée en Belgique par la jurisprudence des cours et tribunaux, en ce qui concerne le contrôle de légalité des actes administratifs comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, contrôle limité autrefois à l'examen des «vices externes (incompétence et vices de forme) de l'acte pour en venir à examiner les vices internes de l'acte et le détournement de pouvoir<sup>177</sup>». La jurisprudence du Conseil d'État a évolué dans le même sens, s'efforçant de donner «aux exigences de la légalité toute leur portée», en y incluant même «une certaine mesure de raison que le législateur a nécessairement gardée<sup>178</sup>».

Bien que cette jurisprudence concerne l'appréciation de l'opportunité des poursuites dans le chef d'autorités *administratives* et qu'elle émane du Conseil d'État, on peut cependant aussi citer en France l'arrêt Gaillard du 5 novembre 1980 qui est venu «apporter une solution nouvelle des *limites* du pouvoir d'appréciation dans le domaine particulier de l'opportunité des poursuites», en ce que cet arrêt ne se contente plus seulement de contrôler cette appréciation «à l'égard de son but d'intérêt général et de ses motifs de droit et de fait», mais encore en vérifiant «si l'activité administrative n'a pas commis une erreur manifeste dans l'appréciation de l'opportunité de ne pas donner une suite judiciaire à une infraction qui lui a été révélée<sup>179</sup>».

Même si la jurisprudence en Belgique est loin d'avoir consacré une telle évolution en matière de contrôle de la légalité des poursuites intentées par le ministère public, il semble que deux décisions relativement récentes pourraient l'amorcer.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 9 décembre 1981, en matière de publicité commerciale à la télévision, admet, en effet, le principe que

le juge belge, saisi de poursuites, ... ne saurait s'arroger le pouvoir d'apprécier les faits en fonction de cas que le ministère public aurait estimé, en vertu de ses prérogatives, ne pas

169. Cass., 13 novembre 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 63.

170. R. Hayoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 977; Alain De Nauw, «La décision de poursuivre», *op. cit.*, p. 455; Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 34.

171. *Ibid.* Cf. également Cass., 13 avril 1896, *Pas.*, 1896, I, p. 162: «le juge n'a pas le droit d'apprécier l'opportunité des poursuites»; Corr. Liège 27 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 431: «le juge correctionnel... n'a pas à apprécier l'opportunité des poursuites par le ministère public».

172. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 34.

173. Corr. Liège, 27 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 431.

174. Cass., 5 février 1985, *Journal des procès*, 22 mars 1985, p. 29.

175. Chevallier Braas, *op. cit.*, p. 54.

176. Raymond Screvens et Lucien van Beirs, *op. cit.*, p. 32.

177. L. Moureau, *op. cit.*, p. 458.

178. *Ibid.*, p. 462.

179. Cf. Jean-Jacques Thouroude, «Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites», dans *Gazette du Palais*, 1981, Doctrine, p. 496.

devoir poursuivre, *sauf* si une pratique généralisée avait fait verser le prévenu dans l'erreur invincible ou si la pratique suivie constituait un *moyen illicite de discrimination arbitraire*...<sup>180</sup>

Même si la Cour décida, dans cette affaire, que «l'absence de poursuites..., loin de révéler une *volonté arbitraire de discrimination* ou un *détournement* quelconque, apparaît comme une mise en œuvre *raisonnable* de la législation et de la réglementation<sup>181</sup>», cet arrêt paraît singulièrement révélateur de la reconnaissance incidente d'une appréciation de la légalité des poursuites au regard de la fin qui leur est assignée.

Bien qu'il soit moins explicite que le précédent, un deuxième arrêt de la Cour de cassation rendu le 22 mars 1985, en matière d'avortement, laisse également une porte ouverte dans la même direction.

La Cour d'appel s'étant déclarée tenue de «se prononcer sur des poursuites qui ne sont pas basées sur un *abus de pouvoir*», et ayant décidé que «le fait que seuls les demandeurs et non d'autres personnes sont poursuivies ne change absolument rien au caractère *honnête* et au caractère *non arbitraire* des poursuites intentées», la Cour de cassation estime que l'arrêt rendu n'avait violé ni l'art. 6 de la Constitution belge ni l'art. 6 de la Convention des droits de l'homme<sup>182</sup>.

Bien qu'il s'agisse ici encore d'un arrêt de rejet, ne peut-on pas estimer que la Cour d'appel suggérerait *a contrario* qu'elle n'aurait pas dû se baser sur des poursuites basées sur un «abus de pouvoir» ou qui auraient eu un caractère «arbitraire», et que la Cour de cassation a implicitement admis la légalité de cette motivation?

En d'autres termes, il nous paraît possible de voir dans ces décisions l'amorce d'une consécration du principe que les juridictions répressives ont, avant de se prononcer sur les faits dont elles sont saisies, le pouvoir d'apprécier la légalité des poursuites — en ce compris le caractère non discriminatoire ou arbitraire de celles-ci — en vue de déterminer la recevabilité même de l'action publique.

Le fait que ces décisions visent incidemment le problème d'une «discrimination» éventuelle dans l'intentement des poursuites est évidemment symptomatique, car le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'agir ou de ne pas agir aboutit quasi inmanquablement dans son exercice à une «application *sélective*<sup>183</sup>», et donc *inéga*le de la loi<sup>184</sup>.

Cette différenciation, qui s'inscrit dans un processus d'individualisation de la répression pénale que nous avons déjà évoqué, pourrait dès lors être considérée comme légalement justifiable lorsqu'elle tend précisément à la réalisation de ce but d'intérêt général<sup>185</sup>. Elle semble, par contre, légalement condamnable à partir du moment où elle «obéit à d'autres mobiles<sup>186</sup>».

C'est ce que suggère notamment la Cour de cassation lorsqu'elle parle tantôt d'une «discrimination arbitraire», tantôt d'une «*volonté arbitraire* de discrimination».

Étant donné cependant les difficultés quasi insurmontables que suscite la preuve d'une *intention* discriminatoire<sup>187</sup>, il serait souhaitable que les juridictions suivent sur ce point l'enseignement du Conseil d'État<sup>188</sup>, ne se contentant pas de contrôler l'absence d'un véritable «détournement de pouvoir», mais encore la présence d'une «certaine mesure de raison<sup>189</sup>» ou d'une «proportionnalité» suffisante, dont on a pu dire qu'elle avait «le mérite de résumer quelques-unes des normes de conduite que dicte le souci de respecter la légalité<sup>190</sup>».

#### 4. AUTORÉGULATION

Si les types de contrôle dont nous avons parlé jusqu'ici nous ont permis d'évoquer l'existence de différentes formes de régulation *externe* susceptibles d'affecter l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, on peut encore se demander si l'exercice de ce pouvoir ne fait pas également l'objet de certaines formes de régulation *interne*.

180. Cass., 9 décembre 1981. *J.T.*, 1983, p. 136.

181. *Ibid.*

182. Cass., 5 février 1985, *Journal des procès*, 22 mars 1985, p. 29.

183. Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 163.

184. Jules Messine, *op. cit.*, p. 17-18.

185. Cf. R. Charles, *op. cit.*, p. 563: «Le jugement de valeur que cette décision implique et qui doit la fonder doit correspondre à la *finalité* de ce pouvoir».

186. *Ibid.*, p. 19.

187. Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 164.

188. Léon Moureau, *op. cit.*, p. 461; Paul Tapie, *op. cit.*, p. 34.

189. Léon Moureau, *op. cit.*, p. 462.

190. Francis Delpéree et Véronique Boucqey-Remion, «Liberté, égalité et proportionnalité», dans *Légalité et références aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 493.

Même si l'on s'accorde sur le fait qu'un pouvoir discrétionnaire n'exclut pas l'existence de limitations *extérieures*, dans le cadre desquelles celui-ci peut s'exercer, on pourrait être tenté de croire que, pour le surplus, l'exercice de ce pouvoir fait exclusivement appel à la conscience et au jugement de chaque individu auquel il se trouve confié.

En réalité, aussi bien la pratique adoptée par le ministère public que le discours tenu par ses représentants en vue de l'orienter et de la justifier, démentent cette interprétation.

Bien que certaines études empiriques aient davantage mis l'accent sur l'absence de systématisation réelle dans les décisions prises<sup>191</sup>, d'autres études ont au contraire souligné l'existence de «mécanismes de régulation<sup>192</sup>» et l'intervention dominante de certains critères d'abandons de poursuites<sup>193</sup> qui, tout en s'inspirant de «l'esprit» du système et en reflétant un certain nombre de contraintes sociales, relèvent très largement d'un processus d'auto-régulation<sup>193a</sup>.

Même si elle ne fait l'objet d'aucune publicité — ce que certains déplorent sans doute à juste titre —<sup>194</sup>, on ne peut pas ignorer non plus l'existence «d'innombrables *circulaires*» émanant des procureurs généraux qui, dans l'exercice de leur fonction de *direction* du ministère public, complètent le rôle des «contacts étroits, des délibérations et des entretiens» qu'ils ont avec les procureurs du Roi<sup>195</sup>. Ajoutons également qu'

au niveau du pays, l'*unité de la politique de poursuivre* se réalise par de nombreux contacts[...] et des réunions régulières des procureurs généraux au sein du collège des procureurs généraux qui n'a cependant aucun statut légal ou réglementaire<sup>195bis</sup>.

Enfin, le discours tenu par la plupart des représentants du ministère public laisse entendre que la liberté d'appréciation *personnelle* qui leur est conférée, n'exclut pas certains critères de régulation qu'ils s'estiment *tenus* d'observer.

La multiplication des articles récents émanant de certains d'entre eux et consacrés à l'étude de la «politique» du ministère public<sup>196</sup> semble révélatrice à cet égard. Même si cette politique se situe tout autant — sinon davantage — à un niveau idéal qu'à un niveau réel<sup>197</sup>, elle manifeste néanmoins la reconnaissance de l'idée que «les décisions selon l'opinion *personnelle* de chaque magistrat du parquet» sont susceptibles d'aboutir à des «différences importantes» et que la disparition de ces différences constitue «une exigence essentielle d'une politique équitable<sup>198</sup>».

Sans doute peut-on faire remarquer que le terme «politique» est lui-même symptomatique de la volonté du ministère public de conserver une *souplesse* suffisante<sup>199</sup> dans son action, plutôt que de se laisser enfermer dans des règles rigides. Il n'en reste pas moins vrai que la mise en œuvre d'une «politique» suppose une «manière *raisonnée* et *concertée* de conduire une affaire»<sup>200</sup> en vue de la réalisation de certains buts<sup>201</sup> et que la rationalité et la cohérence d'un tel processus supposent le recours à certains critères communs de décision.

Parmi ces critères, ceux qui paraissent le plus souvent mis en œuvre ou cités sont la *gravité* des faits (envisagée à la fois en fonction de l'intention du législateur, des circonstances concrètes dont ils s'accompagnent et de l'évolution de la société)<sup>202</sup>, la *dangerosité* de l'auteur des faits

191. Jaak van Kerckvoorde, «L'étude criminologique des décisions en matière pénale. Un modèle de recherche et son application», dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1980, p. 835.

192. André Davidovitch, «Le fonctionnement des parquets en France: recherche sur un mécanisme de régulation du système de justice pénale», dans *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques*, Paris, 1979, pp. 65-100.

193. A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 208; J. van Kerckvoorde, «Recherches sur le ministère public», dans *Deviance et société*, 1979, vol. 3, n° 2, p. 181 et suiv.

193a. Cf. Daniel Gifford, «Decisions, decisional referents, and administrative justice», dans Burton Atkins et Mark Pogrebin (édit.), *op. cit.*, p. 18, qui parle d'«internal and self-imposed constraints».

194. L. de Wilde, *op. cit.*, p. 507. Dans le même sens, cf. Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 110.

195. Alain De Nauw, «La décision de poursuivre...», *op. cit.*, p. 457.

195bis. *Ibid.*

196. Cf. notamment L. de Wilde, «Het sepotbeleid», *op. cit.*, p. 501-517; G.J.Y. Verhegge, «Beschouwingen bij het beleid van het openbaar ministerie», *op. cit.*, col. 1345-1373; J. Du Jardin, «La politique criminelle du ministère public», *op. cit.*, p. 437-456.

197. Cf. J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 446: «le ministère public *a* — ou *doit* avoir — une politique criminelle qui lui est propre».

198. Alain De Nauw, «La décision de poursuivre...», *op. cit.*, p. 457.

199. *Ibid.*, J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 448.

200. J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 438; Alain De Nauw, *op. cit.*, p. 457.

201. J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 438.

202. L. de Wilde, *op. cit.*, p. 515; Alain De Nauw, *op. cit.*, p. 452.

(appréciée à la fois en fonction de ses antécédents connus et de sa propension à la récidive)<sup>203</sup> et son degré de «repentir<sup>204</sup>», l'existence ou non de victimes identifiables<sup>205</sup> et le degré de réparation du dommage qui leur a été causé<sup>206</sup>, la présence ou non de mineurs parmi les victimes<sup>207</sup>, et l'importance du bénéfice recherché ou retiré par l'auteur des faits<sup>208</sup>.

Bien qu'ils puissent être formellement incorporés dans des circulaires ou des directives, ces différents critères apparaissent davantage comme des «lieux communs» ou des «référénts décisionnels<sup>209</sup>» qui structurent l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public.

S'il ne s'agit pas de «*règles de droit*» à proprement parler, on peut cependant suggérer qu'ils constituent des «*principes juridiques*», au sens où, comme l'a affirmé Dworkin, il s'agit là de propositions qui ne «*dictent pas des résultats*», mais «font *pencher* une décision dans une direction, même si ce n'est pas d'une manière décisive» et qui, lorsqu'elles entrent en conflit avec d'autres principes «demeurent intactes, même si elles ne l'emportent pas<sup>210</sup>».

Dans le cas présent, on peut les qualifier, à la suite de Raz, de «principes de discrétion», conçus comme des principes qui guident un pouvoir discrétionnaire «en stipulant quel type de buts et de valeurs» il est permis de prendre en considération dans l'exercice de ce pouvoir<sup>211</sup>.

#### CONCLUSION

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire n'exclut pas, comme nous l'avons vu, la présence d'une régulation juridique tant au niveau de ses fondements qu'au niveau des limites externes et internes qui se trouvent assignées à son exercice.

Elle met cependant clairement en lumière la place extrêmement relative qu'occupe la loi proprement dite dans cette régulation, même lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas pour le pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites, d'envisager son fonctionnement dans une matière, le droit pénal, censée dominée par le règne de la légalité. Elle révèle également, par le fait même, l'existence de types de régulation à la fois moins formalisés et moins contraignants que la loi, mais dont l'appartenance à un système juridique déterminé paraît difficilement contestable.

#### RÉSUMÉ

Le présent article constitue une contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire du ministère public, en ce qui concerne particulièrement l'appréciation de l'opportunité des poursuites en matière pénale. En mettant en lumière les éléments d'incertitude qui affectent à la fois le fondement et les limites de ce pouvoir, l'étude souligne la place extrêmement relative qu'occupe la loi proprement dite à ce double niveau, tout en révélant la présence d'autres types de régulation juridique moins formalisés et moins contraignants.

#### SUMMARY

This article constitutes a contribution to the study of discretionary power in the public arena, particularly in relation to the assessment of the appropriateness of carrying our criminal proceedings. By bringing to light those elements of uncertainty which affect both the foundation and the limits of this power, this study emphasizes the extremely relative position held by the law strictly speaking from this dual point of view, while at the same time revealing the presence of other types of less formal and less constraining legal regulation.

#### RESUMEN

El presente artículo constituye una contribución al estudio del poder de discreción del ministerio público, particularmente en lo que concierne la apreciación de la oportunidad de juicios en materia penal. Poniendo en relieve los elementos de incertidumbre que afectan a la vez los fundamentos y los límites de ese poder, el estudio realza el lugar extremadamente relativo que ocupa la ley propiamente dicha a este doble nivel, al mismo tiempo revelando la presencia de otros tipos de regulación jurídica menos formales y menos apremiantes.

203. J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 454; Jaak van Kerckvoorde, «L'étude criminologique...», *op. cit.*, p. 836; A. Davidovitch et R. Boudon, *op. cit.*, p. 205; R. Charles, *op. cit.*, p. 563.

204. L. De Wilde, *op. cit.*, p. 516.

205. J. Du Jardin, *op. cit.*, p. 451; L. De Wilde, *op. cit.*, p. 516.

206. L. De Wilde, *op. cit.*, p. 451.

207. *Ibid.*

208. *Ibid.*

209. Daniel Gifford, *op. cit.*, p. 19.

210. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 35.

211. Joseph Raz, *op. cit.*, p. 846.