

Doctrine

La pensée pénale de Michel van de Kerchove (1944-2014)

Il y a un an, Michel van de Kerchove nous quittait. Brutalement et bien trop tôt. Il laisse derrière lui une œuvre impressionnante, qui s'est déployée sur deux terrains principaux : la théorie générale du droit et le droit pénal. D'autres que nous pourront rendre compte de la fécondité de sa pensée sur le premier terrain. Nous voudrions, pour notre part, nous limiter au second. Et sans avoir la prétention de synthétiser en quelques paragraphes toute la richesse et la diversité de ses écrits¹, nous souhaitons ici remettre en lumière quelques-uns de ses apports majeurs à la doctrine pénale contemporaine.

Nous nous limiterons à trois idées fortes qui nous paraissent se situer au cœur de la pensée pénale de Michel van de Kerchove et avoir fertilisé celle-ci tout au long de sa carrière académique et scientifique. Ce choix est inévitablement empreint de subjectivité mais nous l'assumons pleinement. Les intuitions primordiales de Michel van de Kerchove que nous avons choisi de mettre en exergue sont, avant tout, celles qui nous semblent être au plus près de sa pensée et qui nous auront le plus marquées. D'autres inventaires auraient assurément été possibles. Celui-ci signe, à des titres divers, la dette qui est la nôtre à son égard.

I Pour une éthique de l'intervention pénale

Michel van de Kerchove n'était pas un abolitionniste, même si certains ont pu le regretter. Dans l'introduction à son ouvrage *Le droit sans peines*, il confesse que, malgré l'intérêt incontestable des théories abolitionnistes pour le développement d'un regard critique à l'égard du système pénal, il n'est pas convaincu que « la protection de certaines valeurs sociales essentielles puisse toujours être assurée d'une manière à la fois plus efficace et plus juste par la substitution d'autres systèmes de contrôle social ou par l'absence de toute intervention quelconque »².

Pour autant, il n'a eu de cesse de rappeler que l'appréhension d'un comportement par le droit pénal, loin d'être évidente ou naturelle, requiert une justification

1 Voy. aussi, entre autres, « In Memoriam Michel van de Kerchove », *Déviance et Société*, 2014, vol. 38, n° 4, pp. 395 et s. ; A.-J. ARNAUD, « Michel van de Kerchove (1944-2014) », *Sociologia del diritto*, 2014, n° 2, pp. 197 et s. ; Fr. OST, M. DELMAS-MARTY et Fr. TULKENS, « Michel van de Kerchove (20 juin 1944 – 23 juillet 2014) », *Rev. sc. crim.*, 2014, pp. 481 et s. ; Fr. OST et Fr. TULKENS, « Deuils judiciaires – Michel van de Kerchove (1944-2014) », *J.T.*, 2014, pp. 593 et s.

2 *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 12.



fondée sur une véritable éthique. Et à son estime, celle-ci ne saurait être ni strictement moraliste car l'immoralité d'un comportement ne peut, à elle seule, justifier sa criminalisation et sa pénalisation, ni purement instrumentaliste car les conséquences bénéfiques attendues du droit pénal ne suffisent pas à légitimer son intervention.

Au fil de ses écrits³, Michel van de Kerchove a constamment construit et défendu une éthique de l'intervention pénale, dans sa double dimension de criminalisation et de pénalisation, qui dépasserait l'antinomie entre moralisme et instrumentalisme pour aboutir à une forme de limitation réciproque des deux approches. L'immoralité de l'acte, pour autant qu'elle fasse l'objet d'un véritable consensus social, lui apparaissait en effet comme une condition nécessaire mais non suffisante pour incriminer et sanctionner un comportement, la légitimité de l'intervention du droit pénal devant aussi s'apprécier par rapport aux conséquences, favorables et défavorables, susceptibles d'en découler.

II Le pouvoir mystificateur du langage

Un autre axe central de la pensée de Michel van de Kerchove aura assurément été son souci de mettre en lumière le pouvoir du langage juridique qui, bien souvent, permet « d'occulter certaines dimensions de la réalité »⁴.

Cette idée est d'ailleurs au cœur du premier article que Michel van de Kerchove consacre spécifiquement au droit pénal en 1977. Publié dans cette Revue⁵, il s'agit d'un article fondateur et qui constitue une rupture épistémologique dans le champ de la pensée pénale. Ses réflexions sur la transformation de mesures répressives en mesures de sûreté et de protection, notamment dans le domaine de la protection de la jeunesse et de la défense sociale, s'accompagnent d'une dénonciation radicale. Par le recours à la figure juridique de la fiction, Michel van de Kerchove démontre avec clairvoyance, rigueur et finesse que le droit peut aussi être « mensonge ». Le législateur peut ainsi prétendre introduire de nouveaux paradigmes, en l'espèce protéger et soigner, là où, en réalité, il ne fait que reproduire des mesures au contenu largement inchangé, à savoir priver de liberté dans un objectif de prophylaxie criminelle. Mais il y a plus préoccupant encore : ce

3 « L'État et la morale. Pour une éthique de l'intervention pénale », *Ann. dr. Louvain*, 1986, pp. 187 et s. ; *Le droit sans peines*, op. cit., pp. 435 et s. ; « Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme », in *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 449 et s.

4 *Le droit sans peines*, op. cit., p. 11.

5 « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *Rev. dr. pén. crim.*, 1977, pp. 245 et s. Dans son dernier ouvrage (*Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 95 et s.), Michel van de Kerchove va reproduire cet article en y ajoutant un épilogue où il fait le point sur les modifications législatives intervenues au cours de la trentaine d'années ayant séparé les deux écrits.



recours à la fiction n'est pas neutre, dès lors qu'il permet en l'occurrence d'éluder l'application de différents mécanismes protecteurs des personnes⁶.

Ce ne fut toutefois pas le seul domaine dans lequel Michel van de Kerchove identifiera des mystifications à l'œuvre. Il en verra, par exemple, aussi dans la prétendue antinomie entre les théories classique de la culpabilité et positiviste de la dangerosité, dont il démontrera les présupposés communs⁷.

Lorsqu'il proposera, quelques années plus tard, une typologie des diverses manifestations du processus de dépenalisation ou de « retrait du droit pénal », il l'accompagnera, dans un même ordre d'idées, d'une présentation des principaux régimes de substitution par lesquels il est possible de remplacer le pénal et qui n'ont parfois de substitution que l'apparence, certaines mesures de remplacement s'apparentant à de nombreux égards à des peines⁸.

Enfin, s'agissant des contours de la peine et de sa différenciation par rapport à d'autres mesures, la boucle sera bouclée dans son dernier ouvrage, *Sens et non-sens de la peine*, où Michel van de Kerchove analyse les limites que certaines jurisprudences – au premier rang desquelles celle de la Cour européenne des droits de l'homme – imposent dans la « matière pénale » lorsqu'elles refusent de faire droit aux qualifications législatives nationales et s'autorisent à considérer comme pénales des mesures non regardées comme telles en droit interne afin de les faire bénéficier des garanties du procès équitable⁹.

III La complexité de la peine

S'il est bien une thématique centrale que Michel van de Kerchove n'a cessé de questionner tout au long de son œuvre, c'est celle de la peine et, plus particulièrement, de sa justification. Sujet déjà abondamment traité — en droit aussi bien qu'en philosophie ou en sociologie — mais dont il a magistralement

6 Ce constat a joué un rôle important en ce qui concerne la revendication du droit des jeunes qui, durant les années 1980 et 1990, a orienté les réformes du droit de l'aide et de la protection de la jeunesse dans notre pays (cf. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance et protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 241 et s. (« La crise des modèles »)).

7 « Culpabilité et dangerosité : réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de Ch. DEBUYST avec la collaboration de Fr. TULKENS, Paris-Genève, Masson – Médecine et Hygiène, 1981, pp. 291 et s. Le même article sera reproduit, près de trente ans plus tard, dans *Sens et non-sens de la peine*, op. cit., pp. 65 et s.

8 *Le droit sans peines*, op. cit., pp. 332-385.

9 *Sens et non-sens de la peine*, op. cit., spéc. pp. 476-490.



clarifié les enjeux en distinguant, avec beaucoup de systématique, les différents niveaux auxquels il est possible de déployer l'analyse. Ce n'est d'ailleurs pas par hasard que le colloque en hommage à Michel van de Kerchove, au terme de sa vie académique, a choisi comme thème : « La peine dans tous ses états »¹⁰.

Une première distinction à opérer sur le terrain de la justification de la peine consiste à dissocier son fondement (le « pourquoi » de la peine) de ses objectifs (le « pour quoi » de la peine) et de son adéquation à certains principes fondamentaux, dont celui de la proportionnalité. Dans cette perspective, il devient alors possible de concilier les différents paradigmes consacrés par la pensée pénale, qu'ils relèvent d'une approche déontologique et non-conséquentialiste de la peine qui s'exprime dans la rétribution ou, au contraire, d'une vision téléologique et conséquentialiste de celle-ci dans laquelle la peine est justifiée par les objectifs qu'elle poursuit : prévention, réparation ou renforcement symbolique des normes¹¹.

Une autre distinction, pour classique qu'elle soit, a été remarquablement travaillée par Michel van de Kerchove : celle des divers niveaux d'intervention de la peine, selon qu'on envisage son institution légale, son prononcé ou son exécution. Ce n'est qu'au prix d'une dissociation entre ces niveaux et d'une mise en lumière de leur autonomie fonctionnelle que l'on peut comprendre tout à la fois les phénomènes d'ineffectivité de la loi pénale, celle-ci n'étant pas nécessairement faite pour être appliquée en toutes circonstances ou à tout prix¹² ; les nouvelles formes « douces » et « immatérielles » de pénalisation dans lesquelles « le dire devient une peine à part entière », l'intervention du juge se limitant soit au prononcé d'une peine non suivie d'exécution matérielle, soit à une simple déclaration de culpabilité non suivie du prononcé d'une peine¹³ ; ou encore le fait que la peine prononcée puisse (voire doive) être aménagée en cours d'exécution, le prononcé étant tourné avant tout vers le passé, là où l'exécution sera davantage orientée vers l'avenir¹⁴.

Au fil de ses nombreux écrits, Michel van de Kerchove a scruté et analysé les multiples transformations du système pénal, les diverses formes qu'elles ont empruntées et leur dynamique interne, en mettant toujours l'accent sur les enjeux sociaux, politiques et éthiques qui leur sont liés. Avec sa plume élégante et son style limpide, Michel van de Kerchove faisait partie de ces grands penseurs qui

10 *La peine dans tous ses états, Hommage à Michel van de Kerchove*, sous la coordination de Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN et Fr. TULKENS, Bruxelles, Larcier, 2011.

11 *Sens et non-sens de la peine*, op. cit., pp. 159-324.

12 « 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 », *J.T.*, 1985, pp. 61 et s.

13 *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

14 *Quand dire, c'est punir*, op. cit., pp. 121-125 ; *Sens et non-sens de la peine*, op. cit., pp. 303-307.

savent communiquer simplement des idées complexes. Il pouvait surtout éveiller l'intelligence de ceux qui ont eu le privilège de le connaître et de le lire, même si, comme nous, ils appartiennent à des générations différentes.

Marie-Aude BEERNAERT,

Professeure à l'UCL

et

Françoise TULKENS

Ancienne juge et vice-présidente de la Cour

européenne des droits de l'homme,

Professeure émérite à l'UCL,

Membre associée de l'Académie royale de Belgique

