Université Saint-Louis – Bruxelles

Droit pénal général (Partie I)

Chapitre I : Introduction à la pensée pénale
Chapitre II : Droit pénal (structure, sources, caractéristiques)
Chapitre III : L'infraction

Yves Cartuyvels, Christine Guillain et Olivia Nederlandt

Avec les contributions de :
Maryse Alié
Catherine Forget
Agathe De Brouwer
Clothilde Hoffmann
Delphine Paci
Thibaut Slingeneyer
Fanny Vansiliette

Syllabus de cours

Année académique 2021-2022

Introduction

Ce cours de droit pénal est conçu comme une introduction aux principes généraux du droit pénal qui sont d'application en Belgique. Il s'inscrit dans la perspective interdisciplinaire privilégiée à la Faculté de droit de l'Université Saint-Louis – Bruxelles et s'inspire, en grande partie, de l'ouvrage : Fr. Tulkens, M. van de Kerchove, Y. Cartuyvels et Chr. Guillain, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 10e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2014).

Ceci explique que ce cours, centré sur les principes généraux du droit pénal, fait une large place à une *introduction généalogique à la pensée pénale et criminologique* (chapitre I). Cette introduction se conçoit comme une « boîte à outils » destinée à comprendre comment et sur quels fondements s'est construit notre droit pénal contemporain, mais aussi à éclairer les enjeux philosophiques, éthiques et politiques que le droit pénal est appelé à rencontrer et à arbitrer aujourd'hui.

La suite du parcours proposé est plus classique. Elle introduit aux principaux enjeux relatifs aux sources, à la structure et aux caractéristiques du *droit pénal* (chapitre II). Ceci sera l'occasion de proposer un détour par les sources internationales, et notamment le droit pénal de l'Union européenne dont la construction progressive exerce une influence croissante sur le droit pénal interne belge. Sont ensuite envisagés les principaux pôles du droit pénal que constituent *l'infraction* (chapitre III), *l'auteur* (chapitre IV) et *la peine* (chapitre V). Ces trois dimensions cardinales du droit pénal connaissent des mutations importantes ces dernières années. Celles-ci soulignent régulièrement les évolutions du débat social autour du droit de punir, de ses finalités et de ses limites.

Si, dans les pays de tradition romano-germanique, le droit pénal se construit à partir des textes, ses contours sont aussi très largement définis par l'application qui en est faite par les cours et tribunaux. Une place importante est donc faite à la jurisprudence pour éclairer les principes à la lumière des pratiques. À cet effet, une *farde de jurisprudence*, reprenant des extraits de la plupart des décisions commentées au cours, est également mise à la disposition des étudiant·es.

Il est rappelé aux étudiant·es l'importance d'étudier le cours à l'aide d'un Code à jour.

Pour le surplus, il est renvoyé au descriptif du cours disponible sur Moodle.

Chapitre I : Introduction historique à la pensée pénale

L'objectif de ce chapitre est double. Il vise d'abord à proposer une *approche généalogique de la pensée pénale*, telle qu'elle s'est construite depuis le siècle des Lumières, moment fondateur du droit pénal moderne. Il ne s'agit pas ici de faire un cours d'« histoire » du droit pénal mais de retracer les grands moments de la pensée pénale et de ses évolutions, afin de mieux saisir comment s'est progressivement construite la pénalité moderne. Cette approche généalogique cherche à donner un éclairage à la fois juridique et criminologique sur les notions fondamentales de la matière pénale telles qu'elles sont abordées à chacune des grandes étapes envisagées : le crime, le criminel, la peine, la procédure.

Il s'agira ensuite d'envisager une *généalogie du droit pénal positif*, c'est-à-dire de tracer la filiation du droit pénal contemporain, soit la manière dont il s'est progressivement construit à travers l'histoire. Cette double démarche constitue un retour sur le passé qui nous paraît riche d'enseignements pour mieux comprendre le présent.

Section 1. Points de repère de la pensée pénale

Introduction

Avant d'aborder la généalogie du droit pénal proprement dit, il nous semble opportun d'évoquer, ne fût-ce qu'à grands traits, l'histoire de la pensée dont le droit pénal s'est nourri dans les principales phases de son développement.

Étant donné les différences considérables que l'on peut observer entre les discours divers qui ont accompagné le développement historique du droit pénal, nous avons privilégié le terme relativement neutre de « pensée pénale », comme d'autres auteurs ont pu parler ailleurs de « pensée juridique » ou de « pensée sociologique ». Une telle présentation permet de souligner la diversité des disciplines – philosophie et théorie pénale, doctrine pénale, criminologie, sociologie criminelle et pénale, notamment – qui ont pris le champ criminel et pénal pour objet de réflexion, ainsi que la diversité des points de vue – normatif, évaluatif, descriptif ou explicatif, selon le cas – qu'elles ont pu mettre en œuvre[1].

Cherchant principalement à mettre notre droit pénal contemporain « en perspective », nous faisons le choix de remonter à l'éclosion de la pensée classique au XVIII^{e} siècle. Ce courant de pensée reste aujourd'hui essentiel, même si de nombreux courants ultérieurs exerceront à leur tour une influence non négligeable sur les contours du droit pénal actuel. Dans ce cadre historique limité, nous ne prétendrons pas à l'exhaustivité, mais tenterons seulement de procéder à un certain nombre de « coups de sonde » qui constituent autant de points de repère théoriques et doctrinaux dans l'approche du droit positif.

Parmi les repères fondateurs de la pensée pénale, nous aborderons sept courants de pensée qui constituent autant d'étapes chronologiques déterminantes de la construction de l'imaginaire pénal moderne. Dans chaque cas, afin de permettre de les comparer plus facilement, nous évoquerons, autant que possible, quatre thèmes que nous approfondirons ultérieurement en

[1] À cet égard, *cf.* notamment A.P. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », *in* Chr. DEBUYST, Fr. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 1, *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, p. 23, où l'auteur utilise le terme de « champ d'étude » pour évoquer l'idée « qu'il y a divers savoirs disciplinaires qui ont néanmoins un thème commun », à savoir la « question criminelle » ou la « question pénale ».

droit positif : *le crime* (au sens général où l'entend la criminologie, c'est-à-dire comme synonyme d'infraction pénale), *le criminel*, *la peine* et *la procédure pénale*. Il convient encore de mettre en garde contre une lecture purement diachronique de cette « histoire » de la pensée pénale : si ces courants apparaissent et se développent à des moments différents dans le temps, bien souvent ils se combinent et se superposent plus qu'ils ne se remplacent, gardant chacun leur influence sur la pénalité contemporaine.

Le premier courant est la *pensée classique* qui émerge dans l'Europe des Lumières au cours de la deuxième moitié du XVIIIe siècle. Cette pensée constitue le point de départ du droit pénal moderne. Trois traits dominants la caractérisent : elle est légaliste (l'économie des délits et des peines doit être cadrée par la loi étatique) ; elle est utilitariste (si la peine doit être juste, elle doit surtout être socialement utile) ; elle est garantiste (s'il doit punir l'auteur d'un acte coupable, le droit pénal doit aussi protéger l'individu, ses droits et ses libertés contre l'« arbitraire » et les excès de pouvoir de la justice de l'État). Cette pensée classique sera prolongée au XIXe siècle par une *pensée « néo-classique »*, parfois qualifiée de subjectiviste, qui mettra un accent plus prononcé sur la responsabilité morale du délinquant comme critère d'une « juste peine ». Notre Code pénal actuel, promulgué en 1867, est l'héritier de cette pensée pénale néo-classique.

Le deuxième courant est la *pensée positiviste*. Cette pensée, qui marque la naissance de la criminologie comme discipline à prétention scientifique, émerge à la fin du XIXe siècle dans un contexte social marqué par la peur des « classes dangereuses ». Elle doit sa célébrité à l'École positive italienne et se construit en réaction contre le « laxisme » et les approches « métaphysiques » de la pensée néo-classique. Elle se donne une priorité : « défendre la société » contre le criminel, perçu comme « individu dangereux », dont il faut saisir la nature ontologique.

Le troisième courant est une approche de *sociologie fonctionnaliste,* dont le père fondateur est le sociologue français E. DURKHEIM (1858-1917). Au tournant des XIXe et XXe siècles, le sociologue opère une rupture radicale avec l'approche positiviste dans l'étude du crime. DURKHEIM met l'accent sur le crime et la loi pénale comme « fait social » qu'il faut comprendre en les mettant en relation avec d'autres faits de société. Les fonctions remplies par le crime, la loi pénale ou la peine deviennent l'angle d'analyse privilégié. Avec DURKHEIM, la pénalité et ses contours deviennent un objet sociologique : il s'agit d'en comprendre la place, le rôle, la fonction dans une société donnée.

Le quatrième courant est une approche de « *sociologie de la déviance* » qui se développe à partir des années 1950 aux États-Unis, avant de se propager en Europe. S'inspirant des analyses marxistes de la criminalisation, poursuivant l'approche sociologique ouverte par DURKHEIM, mais dans une perspective sociale moins « holiste » et plus critique, les « *théories de la réaction sociale* » mettent l'accent sur le crime comme produit d'une construction sociale (« le crime est d'abord le produit d'une définition sociale ») et sur le rôle concret des acteurs sociaux dans les processus de création et d'application de la loi pénale.

Le cinquième courant est centré, à partir des années 1960, sur le *retour de la victime*. Dans un contexte social marqué par l'individualisme, la posture victimaire gagne ses lettres de noblesse dans l'ensemble du champ social. C'est vrai aussi dans le champ de la pénalité où, grande oubliée de la justice pénale moderne, la victime refait surface. D'origine anglo-saxonne, un courant « victimologique » lutte pour la reconnaissance des victimes et de leurs

droits en justice mais aussi pour une prise en compte de l'intérêt à la réparation de la victime d'une infraction pénale.

Un sixième courant, émergeant à partir des années 1990, met l'accent sur ce qu'on pourrait appeler une *pénologie du risque*. Dans un contexte social dominé par ce que le sociologue U. BECK appelle « La société du risque »[2], la pénalité contemporaine fait place à de nouvelles inflexions qui mettent l'accent sur l'anticipation et la prédiction pour mieux contrôler les risques de délinquance.

Enfin, un septième courant, à partir des années 1980-1990, consiste, un siècle après le « criminel-né » de LOMBROSO, en un *retour vers des explications biologiques du crime*.

Une remarque s'impose encore avant d'entamer notre parcours. Le XIXe siècle est relativement absent de cette approche. C'est pourtant une époque essentielle pour comprendre la généalogie de la pensée pénale et criminologique contemporaine. Trois apports majeurs peuvent y être repérés : une approche du crime comme phénomène social, caractérisé notamment par la *naissance de la statistique criminelle*, un savoir dans la construction duquel le Belge A. QUETELET jouera un rôle majeur ; le *développement de la psychiatrie* dont le corpus scientifique va se construire très largement à partir des univers connexes de l'asile et de la prison et dont sera issue la criminologie à la fin du XIXe siècle ; l'existence d'un *discours marxiste* sur la question pénale qui, même s'il reste périphérique, n'en propose pas moins des intuitions qui seront plus largement exploitées par la sociologie de la déviance après la Deuxième Guerre mondiale. Cette période est bouillonnante et passionnante. Elle n'est pas abordée ici, dès lors qu'elle fait l'objet d'une analyse approfondie dans le cours *d'Introduction à la pensée pénale et criminologique II,* dispensé comme cours à option et dans la mineure en criminologie au deuxième semestre.

§ 1. La pensée classique

Introduction

Le terme « classique » par lequel on qualifie habituellement la pensée pénale qui s'est développée au cours du XVIII^{e} siècle, ainsi que le droit qui en est issu, suscite, comme toute étiquette, un certain nombre de difficultés.

Le concept même de « classicisme » est équivoque sur le plan sémantique. Le terme semble en effet référer, d'une part, à des solutions de type « traditionnel » et, d'autre part, à un ensemble de constructions « élégantes » et « harmonieuses »[3]. Or, on s'aperçoit que les constructions de la pensée classique introduisent au contraire des innovations profondes en regard du droit pénal de l'Ancien Régime. Paradoxalement, la pensée « classique » est, en matière pénale, une pensée de rupture avec un ordre pénal jugé archaïque. Ceci se marque notamment par le rejet du système pénal de l'Ancien Régime, caractérisé par une certaine forme de « démesure » en ce qui concerne tant le fondement du droit de punir que l'intensité des peines, les pouvoirs du juge que les procédés utilisés pour établir la culpabilité du prévenu. La pensée pénale classique introduit un nouvel idéal de rationalité pénale – le siècle des Lumières est le siècle de la Raison –, qui promeut, au contraire, les idéaux de « proportion », de « mesure » et d'« économie » au coeur du système pénal. Les grands codes pénaux

---

[2] U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.

[3] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^{e} éd., Paris, Cujas, 1997, p. 108.

« classiques » qui font irruption dans l'Europe des souverains absolutistes de la deuxième moitié du XVIIIe siècle[4] se présentent d'ailleurs comme des codes réformateurs, soucieux de rompre avec la pénalité d'Ancien Régime.

Quant à la période couverte par cette épithète, il paraît évident qu'elle se situe essentiellement au XVIII[e] siècle, c'est-à-dire au siècle des Lumières. De nombreux auteurs la font commencer en 1748, date de la publication de *De l'esprit des lois* de MONTESQUIEU[5] et considèrent que le point d'orgue de cette pensée se situe dans les années qui suivent, avec notamment comme emblème, le *Traité des délits et des peines* publié en 1766 par Cesare BECCARIA[6]. Fixer une date de clôture est plus complexe : certains évoquent 1813, date de la promulgation du Code pénal bavarois directement inspiré par VON FEUERBACH[7] ; d'autres 1832, date de promulgation d'une loi française sur les circonstances atténuantes qui marquerait le relais pris par la pensée pénale néo-classique[8] ; d'autres encore font subsister cette pensée jusqu'à nos jours, en y englobant les « alluvions ou... correctifs que lui ont apportés les théories « néoclassiques » postérieures »[9].

Enfin, un certain nombre d'acteurs promoteurs de cette pensée, peuvent être identifiés. Bien qu'ils ne soient pas des spécialistes du droit pénal, ni même principalement intéressés à la réforme de celui-ci, la plupart des représentants français de la philosophie des Lumières[10] apparaissent comme des précurseurs de la pensée pénale classique. Qu'il ait exercé une influence manifeste sur BECCARIA ou qu'il ait de manière plus directe consacré des écrits au droit pénal, MONTESQUIEU (1669-1755) [11] est incontestablement un auteur important. Accessoirement, les encyclopédistes DE JAUCOURT (1704-1779) et DIDEROT (1713-1784), des philosophes comme ROUSSEAU (1712-1778) ou VOLTAIRE (1694-1778)[12] joueront également un rôle dans la propagation des idées pénales nouvelles.

Les noms les plus marquants de la pensée classique proprement dite sont BECCARIA (1738-1794)[13] en Italie, BENTHAM (1748-1832)[14] en Angleterre, et VON FEUERBACH (1775-1833)[15]

---

4 Sur ces codes pénaux, voy. Y. CARTUYVELS, *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, de Boeck, PUO, PUM, 1996.

5 M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*. (Un mouvement de politique criminelle humaniste), Paris, Cujas, 1954, p. 51.

6 C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, traduction française de l'abbé A. Morellet, Lausanne, 1766.

7 M. ANCEL, La défense sociale nouvelle, *op. cit*., p. 51.

8 Ph. GRAVEN, « La politique criminelle néoclassique », Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi organisé par le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de l'Université de Genève, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1980, p. 110.

9 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7[e] éd., *op. cit.*, p. 108.

10 *Cf.* notamment « Penser la peine à l'âge des Lumières », *Lumières*, 2012, n° 20.

11 *Cf.* notamment J. GRAVEN, « Montesquieu et le droit pénal », *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, publié par l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris pour le bicentenaire de « l'Esprit des lois » (1748-1948), Paris, Sirey, 1952, pp. 209 et s.

12 *Cf.* notamment E. MASMONTEIL, *La législation criminelle dans l'œuvre de Voltaire*, Paris, A. Rousseau, 1901 ; J. CONSTANT, « Voltaire et la réforme des lois pénales », *Rev. dr. pén. crim.*, 1958-1959, pp. 535 et s. ; M. PORRET, « Voltaire : justicier des Lumières », *Cahiers Voltaire*, n° 8, 2009, pp. 7 et s.

13 *Cf.* notamment F. HELIE, « Introduction au Traité des délits et des peines de Beccaria », in C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, nouvelle éd. par F. HELIE, Paris, Guillaumin et Cie, 1856, pp. VII et s. ; J. GRAVEN, « Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794) », *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1948, pp. 97 et s. ; *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, éd. par M. PORRET, Genève, Droz, 1997 ; A.P. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in Chr. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, pp. 83 et s. ; *Cesare Beccaria : réception et héritage. Du temps des Lumières à aujourd'hui, Genève, 21-23 février 2013*.

14 *Cf.* notamment G. GEIS, « Pioneers in criminology : Jeremy Bentham », *Journal of criminal law*, 1955, pp. 159 et s. ; Fr. TULKENS, « Les principes du Code pénal de Bentham », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 615 et s.

15 *Cf.* notamment E. WOLF, « Paul Johann Anselm von Feuerbach », in E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4[e] éd., Tübingen, Mohr, 1963, pp. 543 et s.

en Allemagne. Nous n'évoquerons cependant ici que les deux premiers. Bien qu'ils soient l'un et l'autre juristes de formation, pas plus BECCARIA que BENTHAM n'abordent les phénomènes pénal et criminel en techniciens du droit. Prolongeant de ce point de vue la philosophie des Lumières, ils apparaissent d'abord, l'un et l'autre, comme des réformateurs soucieux de fonder le droit pénal sur un ensemble de principes rationnels. Dans leurs analyses, ils mettent dès lors davantage l'accent sur les principes que sur les dispositions techniques qui sont appelées à les mettre en œuvre[16].

En Italie, Cesare BECCARIA (1738-1794), économiste de formation, publie en 1766 son *Traité des délits et des peines*. Ce petit livre se présente comme une synthèse des idées réformatrices de l'époque. Prudent, BECCARIA publie d'abord son texte en italien, de manière anonyme. Traduit un an plus tard en français par l'abbé MORELET, le *Traité* va faire le tour de l'Europe dans sa version française et s'ériger en référence indépassable de la pensée pénale classique.

En Angleterre, Jeremy BENTHAM (1748-1832) s'impose également comme un des grands penseurs de l'époque. Issu d'un pays de *Common Law*, BENTHAM est paradoxalement fasciné par la codification dont il fera un des grands thèmes de son œuvre. Promoteur du « *Pannomion* », le philosophe théorise le Code comme « corps complet de législation ». Sur le plan pénal, BENTHAM est un repère essentiel pour trois raisons : d'abord, si ces propositions sur le Code pénal ne séduisent pas au XVIIIe siècle, elles trouveront un écho plus favorable au début du XIXe siècle et le nom de BENTHAM sera étroitement associé au Code pénal français de 1810. Ensuite, BENTHAM est souvent considéré comme le père de l'utilitarisme pénal. Enfin, il est le penseur du « panopticon », soit un modèle de surveillance par le regard que l'auteur illustre à travers un projet carcéral. Pour BENTHAM, la prison est l'archétype de ce modèle de surveillance panoptique, qui joue sur la dissymétrie des rapports entre surveillant et surveillés. La prison panoptique est ainsi décrite : « L'ensemble de cet édifice est comme une ruche dont chaque cellule est visible d'un point central. L'inspecteur, invisible lui-même, règne comme un esprit, mais cet esprit peut au besoin donner immédiatement la preuve d'une présence réelle »[17].

Parmi les héritiers de la pensée classique, on soulignera l'émergence au XIXe siècle de la pensée « néo-classique »[18]. Influencée en partie par KANT (1724-1804)[19], représentée par des auteurs comme ROSSI (1787-1848)[20] et ORTOLAN (1802-1874) en France, HAUS (1796-1881)[21] en Belgique, cette pensée apportera un certain nombre de modifications à la pensée classique proprement dite. L'apport néoclassique sera d'ailleurs prolongé par certains courants plus récents que l'on a parfois qualifiés de « néoclassicisme nouveau »[22].

A. Le crime

On envisage ici trois questions qui concernent respectivement la définition du crime, la légitimation de l'incrimination et les principes qui régissent le processus d'incrimination.

---

16 À ce sujet, *cf.* notamment H.L.A. HART, « Bentham and Beccaria », in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 49.

17 J. BENTHAM, *Panoptique,* Paris, Fayard, 1791.

18 *Cf.* notamment G. LEAUTE, « Le néoclassicisme », *La responsabilité pénale*, Travaux du colloque de philosophie pénale, Paris, Dalloz, 1961, pp. 351 et s.

19 *Cf.* notamment A.P. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in Chr. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires, *op. cit.*, t. 2, pp. 145 et s.

20 Cf. notamment J. GRAVEN, *Pellegrino Rossi, grand Européen*, Genève, 1949 ; A. DUFOUR, Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne, Bâle-Francfort sur Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998.

21 *Cf.* notamment J. THONISSEN, « Notice sur J.J. Haus », *Annuaire de l'Académie royale de Belgique*, Bruxelles, 1884, pp. 185 et s.

22 R. MERLE, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 728.

1. La définition du crime

Les penseurs classiques ou leurs précurseurs ne s'intéressent pas beaucoup à la définition du crime. Parmi eux, DE JAUCOURT est, semble-t-il, le seul à proposer une définition générale du crime. Que ce soit au regard du droit naturel ou de la jurisprudence, le crime est une action qui « blesse directement l'intérêt public ou les droits du citoyen »[23]. Le crime suppose une « transgression des lois... qui tend à troubler l'ordre public », de sorte que « le fait mérite punition »[24]. Un critère fondamental émerge : le crime suppose une *atteinte matérielle, extériorisée par un acte, à un intérêt public*. Cette idée est affirmée aussi par MONTESQUIEU pour lequel « les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures »[25]. Une ligne de démarcation se trouve ainsi établie entre la religion et la morale, d'une part, les lois civiles, d'autre part. Le droit se sépare de la morale et de la religion. Il se laïcise et se met au seul service de la conservation de l'ordre social. Le droit pénal – c'est une rupture importante avec l'héritage religieux du droit pénal de l'Ancien Régime – n'est donc plus conçu comme le relais de la justice divine. Il n'est plus vengeance sur terre d'une éventuelle offense faite à Dieu. Comme le dit VOLTAIRE, « les offenses contre les dieux ne regardent que les dieux »[26].

La définition du crime en général ne retient donc guère l'attention des penseurs classiques. Chez BECCARIA, on trouve l'idée que le crime est l'acte qui « blesse le droit naturel », siège de la morale à l'époque. BENTHAM adopte lui une définition légaliste du crime, en posant qu'« un délit, c'est tout ce que le législateur a prohibé »[27]. Cette intuition est riche et ouvre implicitement la voie, non explorée à l'époque, à une approche nominaliste et relativiste du crime. Cette voie sera développée après la Deuxième Guerre mondiale par le courant de la sociologie de la déviance (*cf. §4, Les théories de la réaction sociale*).

2. La légitimation de l'incrimination

S'ils mettent l'accent sur la relativité de la notion de crime, BECCARIA comme BENTHAM se préoccupent plus des principes rationnels justifiant l'incrimination d'un comportement déterminé. Quels sont les critères rationnels qui justifient le fait d'ériger un acte en infraction pénale ? Deux principes légitimes d'incrimination, qui atténuent le nominalisme en puissance de cette pensée, sont retenus : l'utile et le juste.

Le premier principe est utilitariste. Il veut que soit justifiée l'incrimination d'actes qui portent atteinte à l'intérêt public. BENTHAM adopte de manière radicale cette conception utilitariste de l'incrimination. Pour lui, doit être qualifié délit « tout acte que l'on croit devoir être prohibé à raison de quelque mal qu'il fait naître ou tend à faire naître »[28] et BENTHAM vise ici clairement un « mal social ». BECCARIA adopte le même principe, soulignant que la véritable « mesure des délits » ne réside ni « dans l'intention de celui qui le commet », ni dans « la dignité de la personne offensée », ni dans l'offense faite à la « divinité », mais bien dans

---

[23] DE JAUCOURT, v° Crime (Droit nat.), *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, Mis en ordre et publié par DIDEROT et, quant à la partie mathématique, par D'ALEMBERT, t. IV, Paris, Briasson-David-Le Breton-Durand, 1854, p. 466.

[24] *Idem*, v° Crime (Jurispr.), *ibid*., p. 468.

[25] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, nouvelle éd., Paris, Garnier, 1871, p. 180.

[26] VOLTAIRE, « Commentaire sur le livre « Des délits et des peines » (1766) », *Œuvres complètes de Voltaire. Politique et législation*, vol. 1, Bruxelles, Ode et Wodon, 1827, p. 238.

[27] J. BENTHAM, « Traités de législation civile et pénale », in *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829, t. I, p. 125.

[28] J. BENTHAM, « Traités de législation civile et pénale », in J. Bentham, *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, Bruxelles, Coster, 1829, t. I, pp. 125-126.

« l'idée de l'utilité commune ». Ce qui justifie l'incrimination de certains actes, c'est bien le « dommage qu'ils causent à la société »[29].

Cette conception utilitariste aboutit, dans le chef des deux auteurs, à prôner la « décriminalisation » d'un certain nombre de comportements : les offenses à Dieu, l'émigration, le suicide, en ce qui concerne BECCARIA ; les délits contre Dieu, l'usure, l'émigration, les relations homosexuelles (qualifiés de « délits de mal imaginaire »), l'ivrognerie, l'intempérance, les excès du jeu, la fornication, le suicide (qualifiés de « délits contre soi-même »), en ce qui concerne BENTHAM[30]. Ces exemples sont intéressants. Ils montrent la relativité dans le temps des catégories pénales et dès lors leur caractère de construction culturelle et sociale.

Si BENTHAM semble se satisfaire de ce critère utilitariste, BECCARIA en introduit un second qui est d'ordre moral. Pour lui, « il n'y a de délits punissables que ceux qui offensent à la fois la loi naturelle *et* la loi sociale »[31]. Autrement dit, pour être légitimement incriminé, un acte doit porter atteinte à l'utilité commune, certes, mais aussi aux valeurs morales protégées par le droit naturel. Sont visées ici des valeurs comme la sûreté, la paix, la liberté, la propriété, etc.

La *pensée néoclassique* a très largement développé, avec BECCARIA et contre BENTHAM, cette exigence d'une double condition à l'incrimination. Ainsi, ORTOLAN affirme-t-il qu'est punissable « tout acte contraire à la notion du juste et qu'il importe à la conservation ou au bien-être social de réprimer. Les deux conditions sont indispensables »[32]. De même, HAUS posera le principe qu'« il ne suffit pas que la Société ait intérêt à empêcher une action, pour qu'elle soit autorisée à la réprimer ; il faut *de plus* que cette action soit moralement répréhensible »[33]. Le juste et l'utile sont ici les deux balises de l'incrimination.

3. Les principes relatifs au processus d'incrimination et leurs corollaires

En cette deuxième moitié du XVIIIe siècle, l'objectif poursuivi est d'imposer le légalisme pour faire barrage à « l'arbitraire » des juges et à l'insécurité juridique qui en découle. Un des grands thèmes qui porte la philosophie politique du XVIIIe siècle, depuis VOLTAIRE et « l'Affaire Calas »[34], est celui du « gouvernement de juges » auquel il importe de mettre un frein. En s'inspirant de MONTESQUIEU, BECCARIA et BENTHAM relèvent trois principes fondamentaux relatifs au processus d'incrimination[35] :

---

[29] *Ibid.*, pp. 139-141.

[30] À ce sujet, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 663 et s.

[31] F. HELIE, « Introduction au Traité des délits et des peines de Beccaria », in C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Guillaumin et Cie, 1856, p. XLVI.

[32] J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*, 5e éd., t. I, Paris, Plon, 1886, p. 94.

[33] J.J. HAUS, *Les principes généraux du droit pénal*, 2e éd., t. I, Gand, A. Hoste, 1874, p. 37.

[34] *L'Affaire Calas* est une affaire judiciaire traitée à Toulouse dans les années 1761-1762 sur fond de conflit religieux entre catholiques et protestants. Le 13 octobre 1761, Marc-Antoine Calas, fils ainé de Jean Calas, est retrouvé étranglé dans la maison familiale. Au terme d'une procédure jugée expéditive, le père, Jean Calas, négociant calviniste, est convaincu d'avoir tué son fils pour l'empêcher de se convertir au catholicisme. Il est condamné le 10 mars 1762 « à être rompu vif, à être exposé deux heures sur une roue, après quoi il sera étranglé et jeté sur un bûcher pour y être brûlé ». Finalement, Jean Calas sera « seulement » roué vif, étranglé et son corps brulé deux heures plus tard. Mis au courant de l'affaire, Voltaire publie en 1763 un *Traité sur la tolérance* dans lequel il demande la réhabilitation de Jean Calas, plaide pour la tolérance entre les religions et critique, implicitement, la justice d'Ancien Régime qui a, selon lui, condamné sans preuve. Aujourd'hui, l'analyse de Voltaire est plébiscitée dans son volet tolérance entre les religions : après l'attentat contre *Charlie Hebdo* en 2015 en France, l'ouvrage s'est retrouvé dans le record des ventes.

[35] Chez MONTESQUIEU, on trouve affirmés le principe de la séparation des pouvoirs avec la distinction des « trois puissances législative, exécutrice et de juger » et celui du *rôle exclusif qui revient à la loi* en matière d'incrimination. MONTESQUIEU, qui propose également un type d'analyse sociologique, opère de manière assez réaliste une distinction suivant les régimes politiques :
- dans les États despotiques, il n'y a pas de loi et le juge est lui-même sa règle ;

Un premier principe est celui de la *légalité des incriminations*. Comme le dit BECCARIA, « le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »[36]. Le siècle des Lumières est marqué par le « culte de la loi » et une volonté de faire de la loi (écrite) la seule et unique source du droit. Cette approche repose sur un double fondement : d'une part, comme l'explique BECCARIA au terme d'une vision rousseauiste de la société, seul le législateur qui représente le corps social tout entier a la légitimité démocratique d'ériger des actes en infraction[37]. D'autre part, seul le légalisme apparaît capable d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique au citoyen ou encore d'éviter l'arbitraire. C'est ce qui amène BENTHAM à plaider pour l'adoption du Code (pénal) comme « corps complet (et unique) de législation ».

Le légalisme incriminateur a par ailleurs un corollaire : la loi pénale doit édicter des incriminations *claires* et *précises*. Ainsi, le Code pénal est-il conçu à l'époque des Lumières comme un « bréviaire » composé d'articles brefs, clairs et lisibles. L'absence de clarté appelle en effet l'interprétation, qui, très vite, devient source d'incertitude et d'imprévisibilité, d'insécurité et d'inégalité.

Un deuxième principe est celui de la *généralité de la loi pénale*. Pour BECCARIA, « le souverain, qui représente la société même, ne peut faire que des lois générales, auxquelles tous doivent être soumis »[38]. La volonté est ici de rompre avec le particularisme catégoriel de l'Ancien Régime, époque où il n'était pas anormal d'être soumis à des régimes juridiques et punitifs distincts selon son appartenance à l'une ou l'autre « *standen* » (bourgeoisie, aristocratie, clergé, serfs...). Désormais, la loi pénale, générale et abstraite, sera une et visera l'ensemble des sujets de droit, quels que soient le statut, la condition sociale ou la profession de l'auteur de l'infraction.

Ce principe a pour corollaire celui de *l'égalité* des sujets de droit devant la loi pénale. BECCARIA évoque ainsi des lois générales « auxquelles tous doivent être soumis ». Un État, un code unique de lois pénales, un sujet de droit pénal : tel est le *credo* du légalisme centralisateur qui s'impose avec le développement de l'État-Nation à la fin du XVIIIe siècle.

Un troisième principe est celui de la *séparation des pouvoirs*. Sur le plan pénal, ce principe cher à MONTESQUIEU a deux implications : d'une part, le législateur a le pouvoir exclusif de créer la loi pénale et même de l'interpréter[39]. Le législateur est le seul « légitime interprète » de la loi qu'il crée. D'autre part, l'activité du juge se réduit à « juger », c'est-à-dire à appliquer la loi pénale au cas concret, au terme d'« un raisonnement parfait » qui a la nature d'un simple syllogisme[40]. À l'époque des Lumières, le juge idéal est donc un juge « aux yeux bandés ». Il est, dira MONTESQUIEU, « la bouche de la loi ». Rien de plus, rien de moins. Il n'a

---

- dans les États monarchiques, il y a une loi. Là où elle est précise, le juge la suit à la lettre, là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit ;
- dans le gouvernement républicain (qui n'existe pas à son époque mais qu'il pose en termes de possible), « il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi ». De cette conception « légaliste » découle une exigence de *précision extrême* dans la rédaction de la loi, de sorte que le juge puisse se transformer en « bouche de la loi » ; mais en même temps apparaît une méfiance à l'égard d'une trop grande *simplicité* des lois criminelles : pour MONTESQUIEU, le souci simplificateur va de pair avec l'absolutisation du pouvoir. C'est ce qui explique par exemple sa méfiance à l'égard du processus de codification qui émerge à son époque, l'idéal d'uniformisation et de simplification du droit que porte le principe codificateur lui paraissant favoriser un pouvoir despotique.

36 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Guillaumin et Cie, 1856, p. 18.

37 C. BECCARIA, *ibid.*, p. 18.

38 C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 18.

39 *Ibid.*, p. 21.

40 *Ibid.*, p. 21.

pas à faire « un raisonnement de plus », dira BECCARIA, sinon tout devient « incertitude et obscurité ».

B. Le criminel

On s'intéresse ici à la conception du criminel et à l'explication du passage à l'acte criminel, tels que pensés par les classiques.

1. Le criminel, un concept dérivé du crime : *du citoyen à l'ennemi ou au citoyen conditionnel*

La pensée classique n'accorde pas une place centrale au concept de criminel. Par rapport au concept de crime, il s'agit manifestement d'un concept second et dérivé. À l'opposé du courant positiviste un siècle plus tard (*cf. §2 la pensée positiviste*), les penseurs classiques ne cherchent pas à construire une théorie de la personnalité criminelle. Ils n'ontologisent pas le criminel. Ce dernier est un citoyen comme un autre, « citoyen rationnel et libre qui, à un moment donné, apparaît comme coupable d'avoir commis un crime » et, ainsi, d'avoir « rompu le traité social »[41]. Pour les classiques, le criminel est un individu doué de libre arbitre qui commet une infraction pénale au terme d'un choix conscient et délibéré.

Si le délinquant n'est pas ontologisé d'entrée de jeu, le passage à l'acte lui fait cependant passer une frontière sociale. Ainsi ROUSSEAU considère-t-il que, par son acte, l'auteur devient ennemi du corps social : « tout malfaiteur, attaquant le droit social, *devient* par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ; il *cesse* d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre... et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme *ennemi* »[42]. De cette conception rousseauiste émergera une métaphore guerrière, encore largement utilisée aujourd'hui, qui associe le droit pénal à une « guerre » contre la criminalité.

Il faut noter ici, toutefois, que ni BECCARIA ni BENTHAM n'insistent sur l'hétérogénéité du criminel par rapport aux autres membres de la société. Le statut de l'auteur, reconnu coupable et condamné, est plus proche de celui d'un « citoyen conditionnel », temporairement privé de ses droits mais appelé à réintégrer la société, que de celui d'un ennemi à éliminer.

2. L'explication du passage à l'acte criminel chez les classiques

Dès lors qu'il n'est pas de nature criminelle, comment expliquer le passage à l'acte ? Pourquoi un individu libre et rationnel décide-t-il de faire un mauvais usage de sa liberté et de commettre une infraction ?

Chez les classiques, l'explication du passage à l'acte criminel repose sur une anthropologie à la fois sensualiste et rationaliste[43], une conception de l'homme comme être pris entre ses sens et sa raison. BECCARIA explique ainsi que l'homme est un *être sensible*, chez qui la passion ou l'intérêt (analysé en termes de plaisir) peut conduire à l'infraction. Mais l'homme est aussi un être doué de *raison* : il possède l'aptitude d'opérer une balance entre le plaisir possible à retirer du passage à l'acte et la douleur qui peut résulter de la peine. Pour BECCARIA, le

---

41 J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, U.G.E., 1963 (coll. 10/18), p. 79.

42 *Ibid*.

43 En ce qui concerne BENTHAM, en particulier, *cf.* notamment J. FLORENCE, « Bentham psychologue », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 391 et s.

passage à l'acte est alors fondamentalement le résultat d'un calcul d'intérêt entre plaisir et douleur dans le chef d'un individu rationnel. Deux situations peuvent alors expliquer le passage à l'acte : soit l'individu procède à un mauvais calcul du rapport plaisir - douleur et c'est sa raison qui est prise en défaut ; soit la douleur associée à peine est trop faible en regard du plaisir possible lié à l'infraction et la peine ne remplit pas son rôle dissuasif. De là cette idée centrale chez BECCARIA qu'une peine, pour être dissuasive, doit toujours infliger un mal qui « surpasse le bien que le coupable a retiré du crime »[44].

La pensée *néoclassique* réagira contre cette vision idéaliste du criminel comme individu libre et rationnel, dont l'acte serait toujours le résultat d'un choix libre et volontaire, fruit d'un calcul d'intérêt. Pourquoi ? Au XIXe siècle, les tribunaux se confrontent à la folie criminelle et à des crimes inexplicables dont l'horreur même rend difficile de les attribuer à des auteurs doués de libre volonté et de raison. Dès lors, comme l'explique SALEILLES, l'idée qu'« en face d'un même acte, tout homme avait une égale liberté » apparaît comme une fiction. Plus, il apparaît « qu'il est des actes, même des crimes, pour lesquels cette liberté, non pas virtuelle..., mais actuelle et présente... n'existe pas ». S'introduit l'idée que la liberté de l'esprit n'est pas toujours pleine, qu'elle est susceptible de degrés, qu'on « peut avoir été plus ou moins libre »[45] et que, face à un même acte, tout individu n'a pas la même responsabilité.

La conséquence de ce constat est considérable : elle se traduit par l'introduction d'un principe de responsabilité « atténuée », qui débouchera sur la généralisation des circonstances atténuantes avec une loi pénale néoclassique de 1832 en France.

C. La peine

Contrairement au crime, la question de la peine est un thème de réflexion central pour la philosophie des Lumières. Un des combats majeurs de la pensée classique sera de rompre avec « l'arbitraire » et la « démesure » des peines corporelles de l'Ancien Régime. Comme le souligne M. FOUCAULT dans le chapitre premier de *Surveiller et punir*[46], il s'agit d'en finir avec le « spectacle punitif » dont l'Affaire Calas donne encore un exemple en 1762.

La pénologie réformatrice de l'époque va se construire autour de l'idéal d'une pénologie *légale* (articulée autour de la loi pour mettre fin à l'arbitraire), *modérée* (l'excès des peines est contre-productif), *mesurée* (indexée à un calcul de proportion entre le délit et la peine) et visant plus *l'âme* que le corps du délinquant.

1. La nature de la peine : du corps à l'âme

Sous l'Ancien Régime, la peine est avant tout une souffrance, souvent la plus pénible possible, infligée au coupable. C'est le temps des peines corporelles, ce que FOUCAULT appelle « l'éclat des supplices »[47].

---

[44] C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 89. BECCARIA tempèrera toutefois cette conception idéaliste qui soumet toute l'économie du crime et de la peine à un calcul rationnel, admettant que d'autres causes peuvent pousser au passage à l'acte.

[45] R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, 3e éd., Paris, F. Alcan, 1927, p. 67.

[46] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

[47] *Ibidem*, pp. 36-39. Décrivant l'arsenal des peines-supplices prévues par l'ordonnance criminelle de 1670, FOUCAULT souligne que ce recours aux supplices « ne doit pas être assimilé à l'extrémité d'une rage sans loi » mais qu'il s'agit bien d'un « art réglé de la souffrance » qui repose sur deux éléments : d'une part, un « *code juridique de la douleur* » : « la peine, quand elle est suppliciante, ne s'abat pas au hasard ou en bloc sur le corps. Elle est calculée selon des règles détaillées », mise en corrélation, dans son intensité, sa qualité, sa longueur, avec la gravité du crime, la personnalité du criminel, le rang de la victime ; d'autre part, un *rituel* : l'art de la punition participe d'une « liturgie punitive » qui répond à deux exigences : « il doit, par rapport à la victime, être marquant (par la cicatrice qu'il laisse sur le corps, il doit

Les penseurs classiques prennent leurs distances avec cette conception de la peine comme souffrance aussi absolue que possible, infligée au corps du condamné. Ils privilégient désormais une *peine qui s'adresse à l'âme du condamné et du public*. Si pour BECCARIA, comme pour BENTHAM, la peine demeure un « mal », une « douleur » infligée à l'auteur d'une infraction, la représentation du mal est plus importante que le mal réel causé effectivement au condamné : « Il faut choisir, dit BECCARIA, les moyens qui feront sur l'esprit du peuple l'impression la plus efficace et la plus durable, et, en même temps, la moins cruelle sur le corps du coupable »[48]. Dans le même sens, BENTHAM préconise de choisir la peine de sorte que « le mal réel soit aussi petit, et le mal apparent aussi grand que possible »[49].

Trois éléments expliquent ce passage d'une punitivité sur le corps à une pénologie de l'âme qui traduit également un adoucissement du régime punitif : d'abord, un penchant humaniste, qui amène à rejeter le spectacle « atroce » des peines corporelles. Comme le soulignait déjà MONTESQUIEU, le caractère infamant de la peine, la honte qu'entraine son prononcé doit être plus important que sa dimension afflictive [50] ; ensuite, un calcul utilitariste qui, dans une philosophie de la peine axée sur la dissuasion, considère que la représentation du mal et l'impression qu'elle fait sur le public importent plus que le mal réel infligé au coupable. Enfin, comme l'explique FOUCAULT, le caractère dangereux sur le plan politique du spectacle punitif. Conçu pour impressionner le peuple, le spectacle des gibets et autres tortures s'avérait parfois contre-productif : il générait parfois désordres et émeutes, amenant la contestation de la justice royale par des groupes de populations s'identifiant plus au condamné issu des mêmes classes sociales qu'à la justice[51].

2. La finalité des peines : d'une conception vindicative à un idéal de dissuasion

Sous l'Ancien Régime dominait une conception vindicative de la peine conçue comme vengeance du crime commis. Tournée vers le passé, la peine avait pour fonction de faire expier la faute morale liée au crime. Pour la pensée classique, ce fondement moral de la peine cède la place à un objectif utilitariste de prévention des délits futurs. La peine regarde désormais vers l'avenir, elle vise moins à venger le crime commis qu'à dissuader l'auteur de récidiver ou le public d'imiter le condamné : « le but des peines n'est pas de tourmenter un être sensible mais d'empêcher le coupable de nuire à nouveau et de détourner ses concitoyens du crime », explique BECCARIA[52]. Le véritable but de la peine, c'est donc plus de prévenir les crimes afin de diminuer leur nombre et d'assurer la tranquillité publique que de « punir pour punir » leurs auteurs.

On soulignera au passage que BECCARIA introduit ici une distinction entre deux fonctions préventives de la peine : une fonction de *prévention spéciale*, en tant que la peine s'adresse au condamné qu'il s'agit d'empêcher de récidiver. Pour obtenir ce résultat, la peine doit tout à la fois intimider, neutraliser et réformer (sur un plan moral) le condamné. Ces trois fonctions seront attribuées à l'emprisonnement-travail qui se développe comme peine à partir de la fin

---

« rendre infâme celui qui en est victime »). Mais il doit aussi, « du côté de la justice qui l'impose », être constaté par tous et ainsi traduire « la manifestation du pouvoir de punir ».

[48] C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 87.

[49] J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, t. II, p. 6.

[50] MONTESQUIEU, *op. cit*., p. 82 : « Suivons la nature, qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau ; et que la plus grande partie de la peine soit l'infâmie de la souffrir ».

[51] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. La naissance de la prison, op. cit*., p. 66.

[52] C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 87 ; *cf.* également J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, p. 143 : « Le but principal des peines, c'est de prévenir des délits semblables. L'affaire passée n'est qu'un point ; l'avenir est infini ».

du XVIIIe siècle et qui incarne le modèle du Panoptique imaginé par BENTHAM. Mais la peine a également une fonction, essentielle, de *prévention générale*[53], en tant qu'elle envoie un message à l'ensemble du corps social, pour détourner tout un chacun de la voie néfaste du crime. Cet objectif, qui apparaît central dans une perspective utilitariste, explique en grande partie le choix d'une pénologie de l'âme fondée sur le jeu des représentations, sur une psychologie des associations mentales entre le crime et la peine.

Sur ce point, la *pensée néoclassique* introduit également un correctif important. Renouant avec l'héritage du philosophe allemand des Lumières E. KANT, elle met l'accent sur la dimension *rétributive* de la peine, mais moins dans une perspective de vengeance comme sous l'Ancien Régime que de juste rétribution de la faute commise. Ainsi ROSSI peut-il dire que « la peine n'est que la rétribution, faite par un juge légitime, avec pondération et mesure, du mal par le mal »[54] et HAUS considérer que « le principe d'expiation et le principe de l'intérêt public constituent les *deux* éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine sociale »[55]. Deux raisons expliquent ce retour de la rétribution à l'époque néoclassique : d'abord, le constat que le Code pénal de 1810, inspiré par BENTHAM et marqué essentiellement par l'idéal utilitariste de prévention générale (dissuasion), débouche sur des peines légales excessivement sévères et dès lors souvent injustes. Ensuite, le souci de remédier à l'ineffectivité des peines que produit l'excès punitif : dans divers cas, les jurys d'assises (notamment) préféraient en effet prononcer l'acquittement plutôt que de condamner à des peines démesurées dans l'idéologie néoclassique. Il faut punir, certes, « mais pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile », tant pour des motifs d'humanité que des raisons d'effectivité des peines.

3. Les principes de l'établissement des peines

En ce qui concerne l'*établissement* des peines, six principes rationnels peuvent être identifiés.

Le premier est le principe de *légalité des peines.* « Les lois seules », dit BECCARIA, « peuvent fixer les peines de chaque délit »[56]. Ce principe cardinal, qui répond en miroir au principe de légalité des incriminations, se pose en réaction à l'arbitraire auquel conduisait le pouvoir des juges sous l'Ancien Régime.

Le second est le principe de *modération des peines,* assorti d'un corollaire qui est que ces peines modérées seront aussi *promptes et certaines.* Une double justification est ici mise en avant. D'abord, un souci humaniste pousse à en finir avec le spectacle punitif « atroce » de l'Ancien Régime. Ensuite, un calcul utilitariste cherche à accroître l'effectivité des peines, mieux assuré par des peines modérées : MONTESQUIEU précise ainsi que « lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité »[57]. Dans une perspective de prévention, mieux vaut donc un châtiment modéré mais certain et prononcé rapidement après le crime qu'une peine trop sévère qui laisse espérer l'impunité. Si la modération des peines pose une limite par le haut, elle a néanmoins aussi une limite par le bas pour garder son effet dissuasif. BECCARIA et BENTHAM évoquent à cet égard un principe de *nécessité* ou d'*économie* du châtiment : il suffit, mais il faut « que le mal qu'il cause surpasse le bien que

---

53 J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, pp. 10 et s.

54 P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 3e éd., Paris-Genève, Sautelet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1863, t. I, p. 224.

55 J.J. HAUS, *op. cit.*, 2e éd., 1874, p. 31.

56 C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 18.

57 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, op. cit*., p. 84.

le coupable a retiré du crime ». Cela mais rien de plus : « toute sévérité qui passe ces limites devient superflue, et par conséquent tyrannique »[58].

Un troisième principe est celui de la *proportionnalité des peines* à la gravité des délits. Ce principe commande que « la même peine ne doit pas avoir lieu pour des crimes inégaux »[59]. Punir d'une peine identique des crimes inégaux reviendrait à encourager la commission des crimes les plus graves. Pourquoi éviter les violences accompagnant le vol si le vol avec violences est puni de manière identique au vol simple ? De là, l'idée que l'on « punit toujours par degrés »[60] et qu'il convient de « fixer une progression des peines correspondante à la progression des crimes »[61]. Les classiques introduisent ici le principe d'une échelle des peines correspondant à la gravité objective des délits, soit au mal social causé par l'infraction. Avec cette pensée, nous entrons dans l'ère d'une « pénalité de calcul », ce qui amène BENTHAM à réclamer des peines « divisibles » et « commensurables » pour s'adapter aux multiples variations de la gravité des délits[62]. Cette pénalité de calcul explique aussi le succès de la prison comme peine : la combinaison des unités de temps et de travail permet en effet de sérier à l'infini l'espace punitif carcéral pour s'adapter aux variations de la gravité des délits.

Dans la pensée *néoclassique*, le principe de proportionnalité objective entre la peine et le délit s'infléchit doublement : d'une part, la gravité « objective » du délit ne s'apprécie plus uniquement en regard du *mal social* que cause l'infraction (principe utilitariste), mais aussi en regard du *mal moral* qui résulte de l'infraction (principe de justice) ; d'autre part, le principe de proportionnalité n'est plus fonction uniquement de la gravité objective du délit mais aussi de la *responsabilité morale subjective* de son auteur. Le juge, explique HAUS, doit aussi tenir compte des circonstances personnelles qui diminuent la gravité de l'acte et qui « méritent à l'auteur une diminution plus ou moins considérable de la peine »[63]. La conséquence de cette double inflexion est selon la formule d'ORTOLAN, que la peine proportionnée au délit ne peut dépasser la limite du juste ni celle de l'utile et qu'*« à la moins élevée de ces deux limites, le droit de punir pour la société s'arrête* »[64]. Pour les néoclassiques, le principe de proportionnalité est donc pensé d'abord comme une limitation au droit de punir.

Un quatrième principe est celui de *l'analogie des peines aux délits.* Ce principe d'analogie repose sur une sorte de talion symbolique entre la peine et la nature du délit. Il commande, idéalement, que « chaque peine soit tirée de la nature particulière du crime »[65]. On n'insiste pas ici sur ce principe qui ne sera jamais mis en œuvre dans la pratique pénologique : pour des raisons pratiques, l'emprisonnement va s'imposer comme peine.

Un cinquième principe est celui de *l'égalité devant la peine.* La volonté, repérable chez BECCARIA, est qu'une peine identique soit prononcée pour tous les auteurs d'un acte semblable, sans distinction de statut ou de rang. Ce principe est perçu comme un moyen de mettre fin à une justice d'ordres en soumettant tous les citoyens, quel que soit leur rang, à la même loi[66]. Dans la pratique, seul le Code pénal révolutionnaire français de 1791 introduira

---

58 C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 89 ; J. BENTHAM, « Traités de législation civile et pénale », *op. cit.*, p. 170.

59 DE JAUCOURT, *op. cit.*, p. 468.

60 MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Genève, Droz, 1965, p. 208.

61 *Ibid.*, p. 135.

62 J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, p. 10.

63 J.J. HAUS, *op. cit.*, 2e éd., 1874, p. 53.

64 J. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 94.

65 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, op. cit*., p. 173.

66 BECCARIA, *op. cit.*, pp. 151-152 : « Les peines des personnes du plus haut rang doivent être les mêmes que celles du dernier des citoyens ».

pour chaque infraction le principe d'une peine fixe et donc *in abstracto* identique pour tous. Très vite cependant, ce principe d'égalité abstraite devant la peine est remis en cause. Ainsi BENTHAM dénonce-t-il « l'inégalité monstrueuse » que peut cacher une « apparence d'égalité » face à des crimes identiques dont les circonstances particulières pourraient servir de base de « justification, d'exténuation et d'aggravation »[67] de la peine. Influencé par BENTHAM, le Code pénal français de 1810 substituera rapidement au régime de peines fixes des peines flexibles, prévoyant un minimum et un maximum, laissant ainsi un espace d'individualisation au juge. Ce principe d'individualisation de la peine sera encore développé par les auteurs néoclassiques, mais en se fondant, cette fois, sur le degré de responsabilité morale du prévenu[68].

Un sixième et dernier principe est celui de la *personnalité des peines.* Il en résulte que seul l'auteur d'une infraction peut être puni et qu'« on ne doit pas être puni pour un crime d'autrui »[69]. Dans la pratique, cela se traduira par la suppression progressive de la peine de confiscation, dans la mesure où une telle peine « fait souffrir à l'innocent les châtiments réservés aux coupables »[70].

D. La procédure pénale

C'est ici qu'apparaît le plus nettement le caractère *garantiste* de la pensée pénale classique, soit son caractère protecteur du sujet de droit et de ses libertés face à la justice pénale. En matière de procédure, la volonté est de fixer des limites légales à la recherche des crimes. Pour VOLTAIRE, tout n'est pas permis dans « la guerre que la justice fait à la méchanceté » et l'homme de loi n'a pas à se transformer en « barbare »[71]. À quoi MONTESQUIEU ajoute que « les formalités et les longueurs de la justice sont le prix de la liberté »[72]. Le souci est de cadrer le processus judiciaire, ceci en réaction aux excès dénoncés de la justice inquisitoriale de l'Ancien Régime.

Divers principes de procédure émergent, qui constituent autant de limites à la recherche efficace des crimes. Parmi ces limites, on citera tout d'abord le principe de *séparation des fonctions de justice répressive*. Il en résulte qu'une fois l'infraction et la peine établies par le législateur, c'est à un « vengeur public », officier préposé par le prince dans chaque tribunal, qu'incombe la tâche de poursuivre en son nom tous les crimes[73], et à un juge de décider si le fait est prouvé et, le cas échéant, de prononcer la peine prévue par la loi[74].

Parmi d'autres principes évoqués par VOLTAIRE, on citera la *présomption d'innocence* de l'accusé, le respect des *droits de la défense*, la *publicité de la procédure*, la *motivation des jugements* ou encore la *suppression de la torture inquisitoriale* comme moyen d'obtenir la vérité[75].

---

67 J. BENTHAM, « Traités de législation civile et pénale », *op. cit.*, p. 30.

68 À cet égard, *cf.* notamment R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 76 et s.

69 DE JAUCOURT, *op. cit.*, p. 467.

70 C. BECCARIA, *op. cit.*, pp. 110-111.

71 VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 275.

72 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, op. cit*., p. 72.

73 *Ibid.*, p. 79.

74 *Ibid.*, p. 74.

75 VOLTAIRE, *op. cit.*, pp. 277-282.

E. Évolution contemporaine de ces principes fondateurs de la pénalité moderne

On peut à bon droit se poser la question du sort réservé, deux siècles plus tard, à ces principes fondateurs du droit pénal moderne. Que sont-ils devenus ? Nous reprenons ici certains d'entre eux en regard desquels l'évolution ou la remise en question paraît la plus nette.

1. La légalité des incriminations : l'aspect formel, lié à la qualité du pouvoir légiférant, et l'aspect substantiel, lié à la qualité de la loi

D'un point de vue formel, le principe de légalité signifie que seule la loi peut ériger des faits en infraction (et, *de facto*, établir les peines correspondantes). Sur ce plan, le légalisme strict envisagé par les classiques associait le légalisme à la loi étatique et au Code pénal. Aujourd'hui, dans des sociétés complexes, marquées tant par le rôle croissant de l'exécutif comme source d'initiative législative que par la multiplication des niveaux d'édiction normative (niveau infra-national, national ou « fédéral », supra-national), ce légalisme strict a cédé la place à un principe de *légalité élargie*. Le terme « loi » englobe désormais des sources du droit de niveaux divers qui dépassent le seul législateur étatique, au prix d'un processus de délégation parfois contestable (*cf. infra*).

Sur le plan substantiel, le principe de légalité implique une certaine qualité de la loi du point de vue de son contenu : la loi doit être suffisamment claire et précise pour permettre au citoyen de guider sa conduite en connaissance de cause. Ce principe garantit la prévisibilité et la sécurité juridique pour le citoyen ; il est aussi le gage de la séparation des pouvoirs et conjure le risque d'arbitraire de la part des juges. Ici encore, il faut constater que l'évolution du droit pénal a bousculé, voire ébranlé ce principe, avec l'introduction croissante au cœur des lois pénales d'« incriminations aux contours flous » qui altèrent sérieusement ce principe de légalité au sens substantiel (*cf. infra*).

2. La généralité de la loi pénale et le principe d'égalité devant la loi qui lui est associé

L'idéal classique suppose l'existence d'une loi pénale générale et abstraite, applicable, sans distinction à tous les sujets de droit. Le Code pénal, comme corps unique et complet de législation (BENTHAM), incarnait cet idéal.

Depuis la fin du XIXe siècle, la naissance de l'État social, plus interventionniste, a infléchi ce principe. Son développement s'est traduit par l'apparition d'un *droit pénal catégoriel* visant des catégories spécifiques d'acteurs sociaux (le droit « pénal » des mineurs, celui des « aliénés délinquants », le droit pénal de l'entreprise, le droit pénal financier, etc.).

3. La séparation des pouvoirs et la distinction des rôles entre acteurs de création et d'application de la loi pénale

Selon la *doxa* classique, le législateur crée la loi pénale et le juge se contente de l'appliquer. Le juge ne peut pas créer lui-même d'infraction, quelle que soit son opinion sur la gravité, l'immoralité ou la dangerosité de l'acte soumis à son jugement. Et s'il est dans l'obligation d'interpréter la loi pénale en raison d'un manque de clarté du texte, ce juge aux yeux bandés est (normalement) tenu par un principe « d'interprétation stricte ».

Aujourd'hui, l'examen de la pratique judiciaire révèle une réalité moins tranchée :

- d'une part, la multiplication d'incriminations aux contours flous amène régulièrement le juge pénal à clarifier la portée réelle de la loi pénale à partir d'un cas d'application. La loi pénale originaire apparaît alors comme un produit semi-fini, amenant le juge à se faire le « co-créateur » d'une loi pénale qui s'écrit « à plusieurs mains »[76] ;

- d'autre part, l'idéal classique d'un juge aux yeux bandés s'est retourné : de signe d'impartialité, le bandeau de la justice est aujourd'hui régulièrement perçu comme source d'aveuglement. On lui demande « d'ouvrir les yeux ». Le juge pénal travaille désormais au dossier, il pèse les intérêts en présence. Parfois même, les acteurs du processus judiciaire sont appelés à négocier la peine avec les parties, « à l'ombre de la loi pénale » (médiation pénale, procédure du plaider coupable, etc.).

4. Le principe de légalité des peines (*cf. infra*, le chapitre V consacré à la peine)

Le principe de la légalité des peines est rappelé par l'article 14 de la Constitution. Il en découle trois conséquences :

- le juge ne peut prononcer de peine si la loi n'en prévoit pas ;
- le juge ne peut prononcer une peine différente (ni dans son taux ni dans sa nature) de celle prévue par la loi, sous réserve des mécanismes de correctionnalisation ou de contraventionnalisation d'une infraction (*cf. infra*) ;
- si l'infraction est constatée, le juge a l'obligation de prononcer la peine édictée par la loi. Il ne bénéficie pas ici de la liberté du Ministère public qui dispose lui de « l'opportunité des poursuites » et peut décider de classer sans suite une infraction.

Plusieurs exceptions viennent toutefois tempérer ce principe :

- le mécanisme de la « *suspension du prononcé de la condamnation* » prévu par l'art. 3 de la loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation. Ce mécanisme permet au juge qui constate la culpabilité de l'auteur, de suspendre le prononcé de la peine pour éviter les effets néfastes de la peine (en termes de stigmatisation ou de frein à la réinsertion) ;
- en cas de *concours d'infractions*, l'article 65, al. 2 du Code pénal prévoit que le juge peut, dans certains cas, se contenter d'une déclaration de culpabilité et renvoyer à une peine déjà prononcée ;
- en cas de *dépassement du « délai raisonnable* », l'article 21*ter* du Titre Préliminaire du Code d'Instruction Criminelle prévoit que le juge peut se contenter d'une simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue ;
- en cas d'admission d'une cause d'excuse absolutoire, le juge statue sur la culpabilité du prévenu, sans prononcer de peine (*cf. infra*, le chapitre V consacré à la peine).

En outre, dans certaines matières « para-pénales », les peines légales, dont la nature et le taux sont fixés par la loi, sont remplacées par des « mesures de protection » ou des « mesures de sûreté » dont le contenu est variable et la durée souvent indéterminée. C'est le cas en matière de protection de la jeunesse ou en matière d'internement à l'égard des délinquants auxquels on reconnaît un trouble mental.

5. Le principe d'égalité devant la peine

---

[76] F. OST et M. VAN de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000, 44, pp. 1-99.

Le principe veut qu'une peine identique frappe tous les auteurs d'une même infraction. On sait que ce principe a très vite été infléchi par l'introduction de « peines flexibles » et, au XIXe siècle, par la généralisation du mécanisme des circonstances atténuantes.

Par la suite, l'individualisation de la peine s'est accrue :

- au stade présentenciel (avant le jugement), le parquet peut *classer sans suite* une infraction, proposer à l'auteur une *alternative aux poursuites* (travail d'intérêt général, transaction et médiation pénale…), envisager une *négociation* sur la peine (reconnaissance préalable de culpabilité débouchant sur une peine moins forte). Ce type de justice, entre marchandage et négociation, individualise fortement le prononcé de la peine ;
- au stade sentenciel (stade du jugement), le juge peut régulièrement choisir entre des *peines concurrentes* (peine d'emprisonnement, peine d'amende, peine de travail, peine de probation autonome, peine de surveillance électronique…), comme il peut décider, dans certains cas, de *suspendre le prononcé de la peine* ou de prononcer une *peine avec sursis ;*
- au stade post-sentenciel enfin (après le jugement), c'est l'exécution de la peine qui s'individualise fortement. Ici, l'administration pénitentiaire, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines peuvent moduler l'exécution des peines en fonction de la trajectoire pénale du condamné (en refusant ou en octroyant des permissions de sortie, congés pénitentiaires, libérations provisoires, surveillances électroniques, libérations conditionnelles, etc.).

6. Le garantisme procédural

Réagissant contre les excès de la justice inquisitoriale d'Ancien Régime, la pensée pénale classique s'est voulue fortement garantiste sur le plan procédural. Aujourd'hui, certaines de ces garanties protectrices du justiciable sont mises à mal, souvent, pour des motifs d'efficacité de la répression. La tension entre *Law and Order* (le respect de la loi et les exigences du maintien de l'ordre) amène à remettre en question certains principes jugés indépassables par les classiques.

Si le jeu des rapports de force entre les acteurs du pouvoir judiciaire (accroissement des pouvoirs de la police et du parquet, menace sur le juge d'instruction) et le respect des droits de la défense[77] font régulièrement débat, c'est peut-être l'évolution du droit pénal sur la question de la torture inquisitoriale qui souligne de la manière la plus forte l'évolution en cours. À cet égard, l'arrêt CEDH *Gafgen c. Allemagne* du 1er juin 2010 est emblématique (*cf.* annexe).

§ 2. La pensée positiviste ou la naissance de la criminologie

Introduction

En guise d'introduction, il paraît important de souligner le contexte particulier dans lequel émerge cette pensée positiviste à la fin du 19e siècle, d'un point de vue épistémologique et d'un point de vue pénal, ainsi que ses sources directes.

---

[77] Ainsi, dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, la CEDH a condamné la Turquie pour ne pas prévoir la présence obligatoire de l'avocat dès les premiers interrogatoires d'un inculpé par la police. Cette absence de l'avocat à ce stade préliminaire de l'enquête a été jugée contraire à l'article 6 de la CEDH qui consacre le droit à un procès équitable. Cette absence était de règle dans plusieurs États - dont la Belgique - qui ont dû modifier leur législation pour se mettre en conformité avec l'arrêt Salduz.

A. Le contexte épistémologique et juridique

D'un *point de vue épistémologique*, l'époque est marquée par l'avènement du positivisme scientifique. À la fin du XIXe siècle, le discours scientifique entend s'affranchir de ses présupposés philosophiques, métaphysiques et moraux pour dire le « vrai » sur le monde réel de manière neutre et objective. Le discours scientifique prend ses distances avec une approche spéculative pour chercher la cause explicative des phénomènes physiques et sociaux. À cet effet, il privilégie une démarche empirique, fondée sur l'observation, l'expérimentation, et la vérification[78].

Le positivisme, c'est donc une attitude épistémologique qui consiste à ne reconnaître comme pertinent pour la connaissance que ce qui peut être observé ou vérifié par l'expérience. Trois postulats sont liés à cette démarche : la croyance en la neutralité axiologique de la science (qui, à l'inverse de l'idéologie, serait dégagée de la sphère des valeurs) ; la valorisation de l'expérimentation comme source de validité de la connaissance ; l'étiologie (ou recherche de la cause des phénomènes) comme boussole de la démarche scientifique, sur fond d'une lecture déterministe du comportement humain[79].

En sciences humaines, cette démarche « positiviste » s'inscrit dans une perspective « évolutionniste » et non plus essentialiste de l'espèce humaine, influencée par Ch. DARWIN (1809-1882). Dans son ouvrage majeur sur *L'origine des espèces* (1859), ce dernier développe la thèse de « l'évolution » de l'espèce : l'espèce humaine ne possède pas une nature immuable, mais dérive de l'espèce animale et ne diffère de celle-ci que dans une mesure relative et variable. L'évolution de chaque individu est fonction d'un processus général d'adaptation et de sélection naturelle. Mais, d'une part, le processus de sélection naturelle n'est pas infaillible et, d'autre part, il n'exclut pas des phénomènes de régression individuelle ramenant l'homme civilisé à un état sauvage et primitif très largement comparable au stade animal.

Cette lecture évolutionniste de l'être humain explique que se propage, à la fin du XIXe siècle, l'idée que subsistent dans le genre humain « civilisé » des êtres « involués » que l'on qualifiera aussi de « dégénérés » et qui seront considérés comme une menace pour la civilisation. La dégénérescence est en effet une des grandes peurs de la deuxième moitié du XIXe siècle, comme en témoigne le « *Traité des dégénérescences* », publié par le psychiatre français Ch. MOREL en 1857. Aliénés et criminels y sont largement assimilés à des « anormaux », dont la dégénérescence est perçue comme d'autant plus dangereuse qu'elle se transmet par l'hérédité.

La thèse évolutionniste de Darwin exercera une **t**riple influence sur la criminologie naissante dans le dernier tiers du XIXe siècle :

- d'abord, le criminel est rapidement considéré comme l'expression d'une forme inférieure d'évolution qui se repère sur son corps. Le thème du « corps parlant », soit d'un corps qui avoue l'intériorité de l'âme, sera au cœur de l'anthropologie criminelle promue par LOMBROSO. C'est donc sur le corps que peut se lire l'évidence du mal, de la violence, du crime qui se confond avec l'origine animale ou bestiale, dégénérée ou involuée de l'homme ;

---

[78] E. FERRI, *La sociologie criminelle*, trad. par L. TERRIER, Paris, F. Alcan, 1905, p. 10 : « Cette nouvelle école... est l'application de la méthode expérimentale à l'étude des délits et des peines ».

[79] *Ibid.*, p. 42 : « La psychologie positive a démontré que le prétendu libre arbitre était une pure illusion subjective ».

- ensuite, les causes de l'involution propre au criminel seront cherchées soit dans l'hérédité, soit dans le milieu social. Ce raisonnement nous orientera vers une criminologie biologique (LOMBROSO) ou vers une criminologie plus sociologique (FERRI, GAROFALO) qui met l'accent sur le rôle complémentaire des facteurs environnementaux dans l'éclosion du criminel ;
- enfin, un certain type de darwinisme social souligne que l'action sociale de l'homme doit remédier aux failles de l'action sélective de la nature. Dans l'intérêt de la préservation de la race, l'homme doit intervenir pour freiner le déploiement et la transmission des facteurs de non-évolution. Ceci peut passer, par exemple, par la limitation des mariages entre « pauvres » ou « inférieurs », « aliénés » ou « criminels » dans une sorte d'eugénisme précurseur, qui connaitra un succès plus important au début du XXe siècle aux États-Unis (dans les textes tout au moins)[80], dans certains pays du Nord de l'Europe (la Suède) et plus tard dans l'Allemagne nazie[81]. Cette volonté de préserver le corps social contre une menace qui le mine de l'intérieur débouchera aussi sur un projet de politique criminelle axé sur la mise à l'écart du délinquant, en fonction de son degré de dangerosité pour la société civilisée de son temps.

Du point de vue juridique et pénal, la pensée positiviste se pose en réaction à la pensée néo-classique qui domine la pratique pénale dans la deuxième moitié du XIXe siècle. La pensée néo-classique encourage l'individualisation des peines en fonction du degré de responsabilité morale du délinquant. Elle incarne une tendance « compréhensive », qui sera critiquée comme « laxiste », dans la mesure où elle favorise en principe un adoucissement des peines et traduit ainsi, pour les positivistes, un « désaccord frappant entre la logique judiciaire et l'intérêt social »[82]. La pensée néoclassique se heurte alors de plein fouet, dans le dernier tiers du siècle, à la « révolte positiviste » qui signe la naissance de la criminologie : « Aux sophismes de l'école juridique », la criminologie oppose comme priorité de la pénalité « la défense (de la société) contre les ennemis naturels de la société »[83] et s'emploie à construire un discours sur le criminel.

B. Les sources du positivisme pénal (ou de la criminologie)

1. L'école positive italienne ou la naissance de la criminologie

Les théories positivistes du phénomène criminel coïncident avec l'éclosion de la criminologie scientifique, c'est-à-dire de la criminologie comme activité de connaissance. Ces théories se développent à l'origine en Italie à la fin du XIXe siècle, à travers trois noms célèbres : LOMBROSO (1835-1909)[84], FERRI (1856-1929)[85] et GAROFALO (1851-1934)[86].

---

80 Y. CARTUYVELS, « Les usages sociaux de la biologisation du crime à la fin du XIXe siècle : quelques enjeux et limites », *Jurisprudence. Revue critique*, 2015, pp. 189-204.

81 N. RAFTER, « Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany », *The Australian and New-Zealand Journal of Criminology*, 2008, n°2, pp. 287-306.

82 R. GAROFALO, La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Paris, F. Alcan, 1890, p. VIII. Cf. également A. PRINS, La défense sociale et les transformations du droit pénal, Bruxelles-Leipzig, Misch et Tron, 1910, repr. Genève, Médecine et Hygiène, 1986, p. 17 : « il est facile de montrer le désaccord qui existe entre la doctrine classique et les réalités sociales » ; p. 16 : « si l'exercice du droit de punir exige l'évaluation exacte des différents éléments constitutifs d'une volonté intelligente et libre, les difficultés de punir augmentent ».

83 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. X.

84 *Cf.* notamment M. ANCEL, « Le centenaire de l'« Uomo delinquente ». Exposé introductif », *Rev. sc. crim.*, 1977, n° 2, pp. 285 et s..

85 *Cf.* notamment P. BOUZAT, « Le centenaire d'E. Ferri, l'œuvre du maître, son actualité », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 1 et s.

86 *Cf.* notamment Ph. MARY, « Relecture de Garofalo », *Journ. proc.*, n° 141, 30 décembre 1988, pp. 22 et s.

Médecin psychiatre, LOMBROSO (1835-1909) représente le versant anthropologique du positivisme. Influencé par le *Traité sur la dégénérescence* de Ch. MOREL, LOMBROSO consacre sa thèse de doctorat en médecine au « crétinisme » en 1859. Lombroso a également lu DARWIN et s'intéresse, en outre, aux travaux de Joseph GALL, un médecin d'origine allemande réfugié en France qui sera le fondateur, au début du 19e siècle, de la « *phrénologie* » (science du cerveau). LOMBROSO reprendra à GALL - l'inventeur de la « bosse des maths » - une double thèse centrale qui est a) que le cerveau est porteur d'informations sur l'ensemble de la vie affective et intellectuelle de l'homme et b) qu'une cartographie de la vie morale de l'homme peut se décoder à partir de la forme du crâne qui est un moule fidèle du cerveau.

En 1876, LOMBROSO publie la première édition de son ouvrage majeur, *L'Uomo délinquente* (L'homme criminel). Il y développe ses premières thèses relatives à l'« atavisme » du criminel (soit l'inachèvement de son évolution) et situe l'explication de la nature criminelle dans des facteurs de nature biologique, et surtout dans certaines anomalies notamment crâniennes. À partir de recherches effectuées sur des soldats, puis sur des détenus ou encore sur des prostituées, LOMBROSO en vient à définir un type anthropologique de criminel, individu prédestiné au crime, doté de tatouages, d'un nez imposant, de mâchoires épaisses, autant d'indices corporels qui traduisent à un déficit plus ou moins accentué de sens moral. On est bien, avec Lombroso, dans le paradigme du « corps parlant ».

Assez rapidement, les théories de LOMBROSO soulèvent la critique. Le recours à des « groupes-contrôle » de non-délinquants falsifie sa théorie : on trouve les mêmes traits physiques « arriérés » chez des non-délinquants… Aussi, progressivement, se développe l'idée qu'outre l'atavisme, d'autres facteurs comme le milieu jouent également un rôle dans le passage à l'acte criminel.

E. FERRI (1856-1920) représente le versant sociologique du positivisme. Juriste de formation, longtemps membre du parti socialiste en Italie, FERRI sera amené à élaborer un projet de Code pénal en 1921, après l'accession de MUSSOLINI au pouvoir, qui traduit une approche spécifiquement positiviste du crime. Bien qu'aussi déterministe que LOMBROSO, FERRI mettra davantage l'accent sur l'importance des facteurs extérieurs à l'individu – sociaux, économiques et politiques – dans l'explication du comportement criminel. Sa perspective est donc plus sociologique que purement anthropologique. Elle l'amène à proposer, dans sa *Sociologie Criminelle* (1885), une théorie multicausale de la criminalité : le criminel est présenté comme le fruit de facteurs tant anthropologiques que physiques et sociaux[87]. Se développe chez FERRI l'idée, exprimée encore plus nettement par un représentant de l'École française, A. LACASSAGNE, que « le microbe, c'est le criminel, un élément qui n'a d'importance que le jour où il trouve le bouillon (social) qui le fait fermenter ». Autrement dit, ce qui explique le passage à l'acte criminel, c'est la rencontre entre un être malade ou prédisposé au crime et un milieu social délétère.

Enfin, GAROFALO (1852-1934) est également juriste. Après avoir été magistrat, il aura également une carrière politique et universitaire. Comme FERRI, il semble avoir trouvé dans le fascisme naissant en Italie un terreau politique propice au développement de ses théories criminologiques. Plus intéressé que ses deux collègues par la pratique pénale, GAROFALO portera une attention constante aux réformes pratiques du système pénal.

---

87 P. MARCHETTI, « De la responsabilité au risque. L'École positive et les « nouveaux horizons » du droit pénal », *Rev. dr. pén. crim,* 2017, n° 6, pp. 562-585.

2. Le mouvement de la défense sociale

Dans le sillage de la pensée positiviste, se développent, au tournant des XIXe et XXe siècles, les doctrines de la *défense sociale*, dont le Belge Adolphe PRINS (1845-1919) sera un des auteurs les plus représentatifs[88]. Ce mouvement de défense sociale s'inspire largement du positivisme criminologique dont il reprend les éléments fondamentaux : lecture déterministe du criminel, priorité de la défense sociale contre des individus dangereux, mise en question du néoclassicisme pénal. Sur un plan pratique, ce courant d'idées sera porté en Europe par l'*Union Internationale de droit pénal*. Fondée en 1889 à Berlin, cette association dont A. PRINS est un des membres fondateurs, introduit dans le débat les idées positivistes pour modifier les systèmes pénaux d'inspiration néo-classique qui dominent à l'époque. Le choc entre les deux cultures pénales débouchera sur un compromis entre les anciens et les nouveaux, les néo-classiques et les positivistes : pour l'essentiel, dans les États de droit occidentaux à caractère démocratique, le droit pénal néoclassique restera en place, mais sera complété à ses marges par des « lois de dangerosité » d'inspiration positiviste. Dérogatoires aux principes classiques (légalité, proportionnalité), ces lois visent certaines figures spécifiques de la délinquance qui incarnent la dangerosité à l'époque : délinquants d'habitude et récidivistes, vagabonds et mendiants, aliénés délinquants, mineurs délinquants.

La Belgique donne un très bon exemple de ce compromis. Si le Code pénal néoclassique de 1867 reste en place, plusieurs *lois de défense sociale* viennent combler les « lacunes » du Code pénal pour assurer une défense plus efficace de la société contre les « individus dangereux ». Ainsi de la *loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles » ;* de la *loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité ;* de la *loi de 1912 sur la protection de l'enfance* ou encore de la *loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude* (dont un chapitre est consacré aux délinquants d'habitude, englobés dans une même « anormalité » que les aliénés délinquants).

Ces lois, qui s'articulent autour des notions de diagnostic et de danger, de traitement et de sûreté, d'adaptation, de réhabilitation ou d'exclusion, substituent au « droit pénal gardien des libertés » un « droit pénal gardien de l'ordre ». L'objectif est chaque fois de mieux protéger la société contre le crime, grâce à des « mesures » ambigües de « protection ou de sûreté » qui sont en outre régulièrement à « durée indéterminée ».

Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, les doctrines de la défense sociale ont connu un certain nombre d'infléchissements nouveaux, aboutissant notamment à ce que l'on a pu appeler la « *défense sociale subjectiviste* »[89] dans la personne de Filippo GRAMATICA (1901-1979) en Italie, la « *défense sociale nouvelle* »[90] autour de Marc ANCEL (1902-1990) en France et la « *défense sociale ''anti-oppressive''* »[91] autour d'auteurs comme Severin VERSELE (1914-1978) en Belgique.

a) Le crime

---

[88] À cet égard, *cf.* notamment Fr. TULKENS, « Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la défense sociale, Introduction », in A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, repr., Genève, Médecine et Hygiène, 1986, pp. 1 et s. ; *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Textes recueillis par Fr. TULKENS, Bruxelles, Story-Scientia, 1988 ; Ph. MARY, *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 46-69.

[89] F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 133.

[90] M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, op. cit.*

[91] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 147.

Contrairement aux représentants de la pensée classique qui s'intéressent peu à la définition du crime, les positivistes sont fascinés par le crime. Ils attachent à cette question une place centrale dès lors que pour eux, derrière l'acte pénal se cache un individu criminel anormal et prédisposé au crime dont il faut identifier les traits. Ce sera le thème de « l'homme délinquant ».

Dans un livre intitulé *Criminologie* (1888), GAROFALO est le premier à tenter une reconstruction scientifique du crime, sur base d'une distinction entre le « délit juridique » et le « délit naturel »[92]. Le délit juridique est rapidement mis de côté : construction des juristes, incrimination conventionnelle qui varie selon les pays, ce type de délit concerne des actes peu graves qui ne portent pas véritablement atteinte à la morale sociale. Ces délits conventionnels n'intéressent pas la vraie science, parce qu'ils peuvent être commis par tout un chacun et ne traduisent pas, chez leur auteur, de véritable « anomalie morale » ou de penchant criminel[93]. Ce qui retient l'attention des positivistes, c'est le « délit naturel » : il s'agit là du véritable crime au sens scientifique, parce que sa commission révèle chez son auteur la présence d'un atavisme ou d'une pathologie morale qui souligne la présence d'une personnalité criminelle. Aussi est-ce ce délit naturel qu'une définition sociologique ou scientifique du crime doit chercher à circonscrire.

Cherchant à déterminer les contours du délit naturel, GAROFALO adopte dans un premier temps une méthode inductive et se demande s'il est possible d'établir un catalogue des crimes universels, soit de faits qui seraient toujours et partout érigés en infraction : peut-on « parmi les crimes et les délits de nos lois contemporaines en trouver qui, en tout temps et en tous lieux ont été considérés comme des actions punissables » ? La réponse est négative : même certains crimes effroyables comme le parricide, l'assassinat ou le meurtre n'ont pas toujours été incriminés dans toutes les sociétés. Il existe des sociétés « sauvages » qui ne les ont pas érigés en crime[94].

Modifiant sa démarche, GAROFALO se demande alors s'il serait possible de considérer comme délits naturels des faits portant atteinte à des sentiments moraux universels[95]. Devant la diversité des sentiments moraux constituant l'armature des différentes sociétés qu'il étudie, GAROFALO décide de retenir comme critère les sentiments moraux constitutifs des sociétés civilisées de son époque, soit ces sentiments qui constituent en quelque sorte « la *recta ratio* » ou « le sens moral moyen » des peuples civilisés ou races supérieures de l'humanité[96]. Selon lui, deux sentiments constitutifs de la « vraie morale contemporaine » peuvent être identifiés : il s'agit d'un sentiment de *pitié*, d'une part, qui consiste dans « la répugnance à la cruauté, et la résistance aux impulsions qui seraient la cause d'une souffrance pour nos semblables »[97]; il s'agit, d'autre part, d'un sentiment de *probité*, lequel « exprime le respect pour tout ce qui appartient à autrui »[98]. Pour GAROFALO, est alors un délit naturel tout acte qui offense un de ces deux sentiments moraux constitutifs de la « vraie morale contemporaine » de l'humanité.

Sur la base d'une telle définition, GAROFALO propose logiquement une *classification* des délits naturels en deux catégories. La première catégorie regroupe les offenses au sentiment

---

92 R. GAROFALO, *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, F. Alcan, 1888, 2e ed. 1890, p. 3.
93 *Ibid.,* p. 60.
94 *Ibid.*, p. 4.
95 *Ibid.,* p. 9.
96 *Ibid.*, pp. 9 et 10.
97 *Ibid.*, p. 20.
98 *Ibid.*, p. 32.

de pitié (agressions à la vie des personnes, atteintes à l'intégrité physique et à l'intégrité morale, etc.). La seconde regroupe les atteintes au sentiment de probité (atteintes violentes à la propriété telles que vols, extorsion, incendie, etc. ; agressions sans violence telles qu'escroquerie, infidélité, banqueroute, violation d'un secret ; lésions indirectes à la propriété ou aux droits civils des personnes telles que faux témoignage, substitution d'enfant, suppression d'état civil).

Dans une démarche très proche, FERRI propose lui une distinction entre le « délit naturel » (qui permet de penser une personnalité criminelle) et le « délit légal » considéré une « pure création politique ». Il arrive aussi à une classification partiellement différente des crimes naturels[99].

Par la suite, des auteurs comme PRINS en Belgique relativiseront cette distinction « délit naturel-délit juridique » en affirmant qu'« il n'y a pas de délits naturels » et que « la loi pénale varie suivant les époques et les régions »[100]. D'autres auteurs, plus récents, se rattachant aux doctrines de la défense sociale, n'ont pas hésité à poursuivre, en des termes partiellement différents, les idées de GAROFALO. On citera ainsi H. BEKAERT qui dans un article publié en 1948 et intitulé « ordre social et structure conventionnelle », propose, de distinguer nettement les infractions aux règles constitutives de l'« ordre social » et les infractions aux règles formant une « structure conventionnelle »[101] de la société. Par ailleurs, cette distinction continue à courir de manière implicite derrière la répartition des infractions dans le Code pénal ou dans des lois particulières. Le Code pénal constituerait le « noyau dur » du droit pénal, sanctionnant les infractions les plus importantes, alors que le droit pénal hors code serait plus proche d'un droit pénal « conventionnel ». Une lecture combinée du livre II du Code pénal et de diverses lois particulières infirme néanmoins cette analyse : on trouve dans le livre II du Code pénal des infractions désuètes et a priori peu importantes (le bris de clôture), alors que certaines lois particulières protègent des valeurs et des intérêts jugés substantiels.

b) Le criminel

Quels que soient les auteurs et leurs classifications, un point commun les réunit : l'« être criminel » existe et il est doté, comme le souligne GAROFALO, d'une « absence, éclipse ou faiblesse du sentiment de pitié ou de probité », soit d'un défaut de sens moral[102]. À l'inverse, « l'homme qui possède ces sentiments à un degré suffisant d'énergie n'aurait pas pu les violer »[103].

De cette idée découlent trois conséquences :

- la première est, comme l'explique encore GAROFALO, qu'il n'y a pas de « délinquant fortuit »[104] : celui qui passe à l'acte a forcément une prédisposition au crime. FERRI souligne également que « ne devient pas criminel qui veut » et que les seules circonstances (la misère par exemple) ne suffisent pas à expliquer le crime. Derrière cette thèse peut se lire une réponse aux critiques sociales des penseurs marxistes de la

99 E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit*., pp. 88-94.

100 A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1899, pp. 78-79.

101 H. BEKAERT, « Ordre social et structure conventionnelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 1947-1948, pp. 1 et s.

102 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 57.

103 *Ibid.* ; E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit.*, p. 109 : « Un individu qui n'a pas la prédisposition au crime... ne deviendra jamais un 'scélérat' ».

104 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 89.

fin du XIXe siècle qui dénoncent le rôle de la société d'exploitation dans la production de la criminalité ;

- la deuxième est que le crime est bien le symptôme d'une « anomalie morale »[105] : il est le révélateur d'une personnalité pathologique chez un individu qui ne possède pas le « sens moral moyen » propre aux individus civilisés ou évolués. On peut alors, comme GAROFALO, distinguer des types psychiques de criminels différents, selon leur degré d'anomalie morale. Ainsi, GAROFALO distingue-t-il « deux variétés *psychiques* de la race, deux types distincts : d'un côté, des hommes dénués du sentiment de pitié ; de l'autre, des hommes dénués du sentiment moyen de probité »[106]. En outre, au sein de ces deux catégories, on distinguera le « *criminel typique* » (individu dénué de tout sens moral, « sorte de monstre dans l'ordre psychique ayant des traits qui le ramènent à l'animalité inférieure ») du « *criminel inférieur » ou « incomplet* » (individu marqué par une « faiblesse du sens moral », une anomalie de nature, doté de « traits d'atavisme qui le rapproche des sauvages »)[107];

criminel typique	**criminel inférieur ou incomplet**
aucun sens moral déshumanisé animalité inférieure/monstre	faiblesse du sens moral anomalie de nature et victime du milieu sauvage

- la troisième conséquence est que le criminel est d'abord appréhendé comme un individu dangereux contre lequel il faut défendre la société. L'importance de ce critère de la dangerosité apparait nettement chez A. PRINS, lequel distingue trois classes de criminels selon leur état de dangerosité : les « *normaux »* d'abord : auteurs de crimes dus à la passion, d'infractions dues à la misère ou de petits délits occasionnels et isolés, ils ne témoignent pas d'un véritable état dangereux; les « *défectueux* » ensuite, soit des individus qui témoignant d'une « infériorité mentale et morale »[108] et chez qui l'état dangereux est fréquent; les « *aliénés criminels* » enfin, qui présentent pour ainsi dire toujours les caractères de l'état dangereux. L'« état dangereux » de l'individu – qui peut d'ailleurs se manifester « avant le crime et indépendamment du crime »[109] – constitue donc le critère de classification le plus pertinent à ses yeux et passe, comme chez les positivistes, avant la prise en compte de « l'acte poursuivi »[110].

La pensée positiviste traduit clairement l'idée que le criminel est un être qui se distingue de l'homme normal. Il est bien construit comme un « type à part », expression d'une « race dégénérée physiquement et moralement »[111], dont l'existence constitue une menace pour la société à la mesure de son anormalité.

---

105 *Ibid.*, p. 60 ; *cf.* également E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit.*, p. 15, note 1 : « Il faut étudier *d'abord* la personne qui commet le crime et le milieu où elle le commet, pour étudier *ensuite* juridiquement le crime commis, non pas comme un être isolé existant par lui-même, mais comme indice du tempérament organique et psychique de son auteur ».

106 R. GAROFALO, *La criminologie, op. cit*., p. 58.

107 *Ibid.,* pp. 100-105. FERRI nuancera cette classification en distinguant cinq catégories de délinquants, qu'il qualifiera respectivement de « criminels fous », de « criminels nés », de « criminels habituels », de « criminels par passion » et de « criminels d'occasion » (E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit.*, p. 151).

108 A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal, op. cit*., p. 94.

109 *Ibid.*, p. 68.

110 *Ibid.*, p. 74.

111 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 61 ; *cf.* également E. FERRI, *op. cit.*, p. 42 : « Le délinquant n'est pas un homme normal ; ... au contraire, par des anormalités organiques et psychiques héréditaires et acquises, il constitue une classe spéciale, une variété de l'espèce humaine ».

c) La peine

Sur cette question de la peine, les positivistes ne partagent pas toujours les mêmes positions. On synthétise ici leur pensée autour de trois éléments essentiels : un débat sur l'utilité ou non de la prévention, la conception de la fonction et de la nature des peines, le fondement du choix de la peine.

1. Le débat sur la prévention : divergences de vues entre GAROFALO et FERRI

Le thème de la défense sociale devenu central, un débat émerge sur l'utilité ou non d'une politique d'intervention en amont de la peine. GAROFALO se montre ici critique à l'égard de ce qu'on appellerait aujourd'hui des formes de prévention sociale ou policière. L'éducation morale des jeunes ? Il lui paraît douteux qu'elle puisse créer un instinct moral absent chez ceux qui en manquent, la part de l'hérédité étant prépondérante. Lutter contre les inégalités économiques, sources de misère et de criminalité ? Dès lors que le délit naturel repose sur un défaut de sens moral pathologique ancré dans l'individu, l'explication psychologisante du crime invalide l'idée que l'ordre économique et la misère sont les vraies causes du crime[112]. Mener des actions policières à caractère préventif ? GAROFALO n'y est bien sûr pas opposé mais estime que ceci peut seulement « s'opposer à l'accroissement de certaines habitudes vicieuses qui sont ordinairement la cause de crimes et de délits »[113]. Pour GAROFALO, c'est la peine et la peine seule qui est la véritable réponse au crime.

FERRI propose une image très différente de la politique pénale. Pour lui, la peine n'est pas nécessairement « le meilleur et le plus utile des remèdes » contre la criminalité[114]. La peine doit être pensée à sa juste place, en complément d'« équivalents des peines »[115] au coeur d'une politique criminelle intégrée qui repose sur quatre échelons complémentaires :

- d'abord, des *mesures de « prévention sociale »* qui remontent « jusqu'aux origines lointaines du délit pour en supprimer les premiers germes »[116]. On citera ici, à titre d'exemple, l'organisation de travaux publics procurant du travail aux indigents, l'instauration de taxes dissuasives sur la fabrication et la vente d'alcool ou encore l'adoption de systèmes de surveillance, de sécurité et d'alarme ;
- ensuite, dès lors qu'il est impossible d'enrayer toutes les sources du crime à la source[117], il faut prévoir des « *moyens réparatoires* » pour sanctionner les délits juridiques, ces infractions pas vraiment « criminelles », au sens où elles ne traduisent pas une véritable dangerosité chez leurs auteurs[118].
- enfin, la chaîne pénale doit prévoir des « *moyens répressifs* » (tels que l'emprisonnement) pour « les délits peu graves et les délinquants peu sérieux »[119] et
- des « *moyens éliminatoires* » (peine de mort, asiles pour les fous criminels, colonies agricoles) pour les criminels inassimilables qui « seraient un danger continuel ». Sont visés ici les auteurs de crimes graves (homicides, viols, incendies, etc.) ou ceux dont

---

112 En ce sens, *cf.* également A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, *op. cit.*, p. 154 : « À la base de l'indigence matérielle, il y a l'indigence physiologique, mentale et morale ».

113 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 201.

114 E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit*., p. 265.

115 *Ibid.*, p. 268.

116 *Ibid.*, pp. 311-312.

117 *Ibid.*, p. 314 : « La disparition absolue de toute condition criminogène est humainement impossible ».

118 *Ibid.*, pp. 464-465.

119 *Ibid.*, p. 466.

l'état traduit une dangerosité particulière, soit les criminels-nés, les récidivistes et délinquants d'habitude ou encore les aliénés délinquants[120].

2. La fonction et la nature des peines : exclure ou éliminer en fonction de la dangerosité

GAROFALO ne croit guère aux fonctions d'expiation et d'amendement de la peine infligée à un délinquant qui est un individu « anormal ». De même, si la fonction d'intimidation peut se concevoir pour les « criminels inférieurs », elle lui paraît sans effet pour les grands criminels ou « criminels typiques ». Pour lui, le rôle commun à toute peine est surtout d'exclure un individu « dont l'adaptation aux conditions du milieu ambiant est apparue incomplète ou impossible » [121] . La peine doit donc compléter l'action de la nature en produisant artificiellement une sélection analogue à celle qui se produit spontanément dans l'ordre biologique[122].

Quant aux modalités de cette exclusion, elles seront fonction du « danger social futur »[123] que représente le criminel inadapté et de son « idonéité à la vie sociale »[124]. Sont alors envisagées par GAROFALO, en ordre décroissant, la *peine de mort*, élimination radicale pour ceux que leur crime a placé « en dehors de l'humanité »; la *déportation* pour ceux dont l'état est incompatible avec tout milieu civilisé (voleurs professionnels, vagabonds…) mais dont les instincts sauvages seraient plus compatibles avec les mœurs de tribus primitives ; la *relégation* pour les criminels influencés par leur milieu immédiat, ou encore d'autres sanctions (par exemple des interdictions professionnelles) moins sévères pour des catégories moins graves de délinquants. À noter que GAROFALO envisage une *sanction de réparation*, lorsque le risque de récidive lui paraît faible et que le dommage causé semble réparable. Quant à la *peine de détention,* il ne l'envisage pas pour les auteurs de délits naturels.

3. Le fondement du choix de la peine : de la responsabilité morale à la responsabilité sociale (ou dangerosité sociale)

À l'inverse du postulat néo-classique, l'école positiviste ne fonde pas la peine et son choix sur le degré de responsabilité morale du délinquant, une question « métaphysique » jugée insoluble. Ce qui oriente le choix de la peine, c'est désormais la dangerosité sociale de l'individu délinquant. Celle-ci s'évalue d'une part, en regard des « caractères organiques et psychiques » de chaque type de criminel, et d'autre part, sur la base de « la qualité plus ou moins antisociale de l'acte » et de « la qualité plus ou moins antisociale de l'agent »[125].

Le critère de dangerosité sociale a également un impact important sur la manière de concevoir la durée de la peine. Dès lors que l'état dangereux devient le critère, l'école positive propose de recourir à des *peines ou mesures à durée indéterminée* dont le terme est lié à l'évolution de l'état dangereux. Ce déplacement autorise deux commentaires. D'une part, d'un droit pénal de l'acte, associé à un droit pénal démocratique, on glisse ici vers un droit pénal de l'agent, qui

---

120 *Ibid.*, p. 466. Avec son projet de politique criminelle fondé sur une complémentarité entre moyens de prévention et moyens de répression, FERRI se montre précurseur. Le principe d'une politique criminelle « intégrée » dépassant le seul recours au droit pénal renaîtra en Europe dans les années 1990, avec l'émergence d'une politique de sécurité « globale et intégrée », caractérisée par le partenariat entre acteurs et moyens de prévention et de répression au cœur d'une « chaîne pénale ».

121 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 231.

122 *Ibid.*, p. 232. Sur ce modèle biologique de « naturalisation » des peines, comparé à d'autres modèles – philosophique, physique ou médical –, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La naturalisation des peines », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 270 et s.

123 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 301.

124 *Ibid.*, p. 305.

125 E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit*., pp. 468-469.

menace les principes de légalité et de proportionnalité de la peine et traduit une inflexion potentiellement totalitaire ; d'autre part, ce droit pénal de l'agent traduit une forme d'*individualisation de la peine*, mais dans un sens très différent de l'individualisation envisagée par la pensée néoclassique[126]. Conçue dans une perspective de justice par le néoclassique (une « juste peine »), l'individualisation se perçoit ici dans une perspective de défense sociale.

d) La procédure pénale

La pensée positiviste adopte, notamment dans le chef de GAROFALO, une attitude critique à l'égard des garanties de procédure chères à la pensée classique. Le « garantisme classique » est perçu comme un frein à l'efficacité de la répression. Pour GAROFALO, les lois de procédure sont en effet des « lois protectrices du crime » qui rendent plus difficile l'application des peines et suggèrent au malfaiteur des moyens d'éviter ou de retarder leur exécution[127]. Sa critique vise notamment la publicité de la procédure et le principe du contradictoire, dans la mesure où « c'est le plus souvent par le secret le plus rigoureux que l'on parvient à connaître la vérité »[128]. Ce magistrat de profession s'attaque également à certaines limitations imposées à la détention préventive, au caractère accusatoire de la procédure, à l'institution du jury, à l'oralité des débats, à la prescription de l'action pénale et de l'exécution des peines ou encore à la grâce et à l'amnistie[129].

S'il se montre également critique à l'égard des lois de procédure en vigueur, FERRI propose néanmoins une approche plus nuancée de la procédure pénale qu'il souhaite réformer selon trois principes :

- le premier principe consiste à envisager une application différentielle des lois de procédure et des garanties qu'elles proposent (présomption d'innocence, grâce, prescription pénale) en fonction du degré de dangerosité du délinquant : pour les « criminels évolutifs » (délinquants peu dangereux), les garanties individuelles doivent primer au cours du procès pénal. En revanche, lorsque la justice pénale affronte des « criminels ataviques » (délinquants dangereux), ces garanties doivent s'effacer devant l'intérêt de la défense sociale[130];
- le second principe est qu'une fois la culpabilité matérielle d'un individu établie, la priorité du juge n'est plus de déterminer sa responsabilité morale pour édicter une « juste peine » (modèle néoclassique). Dans une perspective de défense sociale, la priorité est de fixer la « forme de préservation sociale la mieux appropriée au prévenu, selon la catégorie anthropologique à laquelle il appartient »[131]. Pour déterminer cette mesure de préservation adéquate, le juge doit pouvoir s'appuyer sur un dispositif scientifique, l'expertise, et celle-ci se conçoit comme « une discussion exclusivement scientifique sur les symptômes présentés par le délinquant »[132]. Dans le sillage des théories positivistes, les doctrines de la défense sociale proposeront alors de scinder le procès pénal en deux phases : la première, portant sur l'examen de l'infraction et la

---

126 Y. CARTUYVELS, « Responsabilité morale et défense sociale. Deux versions asymétriques de l'individualisation des peines en Belgique au XIXe siècle », in M. Porret, *Cesare Beccaria. La controverse pénale, XVIIIe-XXIe siècle*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, pp. 183-210.

127 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 348.

128 *Ibid.*, p. 354.

129 *Ibid.*, pp. 355-380.

130 E. FERRI, *La sociologie criminelle, op. cit*., p. 493.

131 *Ibid.*, p. 492.

132 *Ibid.*, p. 513.

décision de culpabilité, serait l'objet d'un débat contradictoire devant le juge. La deuxième, concernant l'examen de la mesure à prendre, suppose l'examen de la « personnalité du délinquant » et pourrait, à la limite, se dérouler en l'absence du juge et être confiée à des médecins[133] ;

- le troisième principe, enfin, est qu'« il doit y avoir continuité et solidarité entre les différentes fonctions pratiques de défense sociale, depuis la police judiciaire jusqu'à la sentence et à son exécution »[134]. FERRI reste ici fidèle à sa conception d'une politique criminelle intégrée.

§ 3. Les théories sociologiques fonctionnalistes (Durkheim)

Introduction

Même si certains auteurs de la pensée positiviste mettent l'accent, avec FERRI par exemple, sur le rôle des facteurs sociaux dans l'explication et la prévention du crime, ce courant reste marqué par une forme d'individualisme essentiel : pour les positivistes, le crime est perçu et étudié d'abord comme un fait de nature individuelle et non comme une question sociale.

À la fin du XIXe siècle, une approche sociologique, incarnée par Émile DURKHEIM (1857-1917), propose une autre approche du crime, en rupture méthodologique avec le « positivisme individualiste » (Talcott PARSONS)[135] de l'École italienne. Il s'agit ici d'aborder tant le crime que la loi pénale comme « fait social », soit un « fait extérieur à l'individu »[136], qui « ne peut être expliqué que par un autre fait social »[137].

Cette sociologie « fonctionnaliste » va donc s'intéresser au crime et à la réaction pénale en tant que phénomènes de société qu'il s'agit de comprendre en mettant l'accent sur le rôle ou la « fonction »[138] qu'ils remplissent dans une société déterminée. Ceci amènera DURKHEIM à expliquer le crime en référence à la morale dominante ou à mettre l'accent sur la fonction symbolique de la peine dans une société donnée. DURKHEIM est au départ de cette approche, mais certaines de ses thèses majeures sur le phénomène criminel connaitront des développements ultérieurs, avec des sociologues comme Kai ERIKSON, Albert COHEN et Robert MERTON dans le monde anglo-saxon, Paul FAUCONNET en France.

Le contexte historique dans lequel la pensée durkheimienne se développe comporte trois dimensions essentielles.

Sur le *plan socio-économique*, la fin du XIXe siècle est marquée par l'accélération brutale du processus d'industrialisation, avec les mutations sociales qui lui sont liées. DURKHEIM mettra ici l'accent sur l'importance de la « division du travail » comme ciment des conditions d'existence et de la « solidarité sociale » qui structure la société. Pour le sociologue français, la division du travail croissante que connaît la société industrielle (et la spécialisation des rôles qui lui est liée), traduit et encourage la montée de l'individualisme et l'émergence de

---

133 À cet égard, cf. notamment M. ANCEL, La défense sociale nouvelle. (Un mouvement de politique criminelle humaniste), *op. cit*., pp. 241 et s. ; M. ANCEL, « La césure du procès pénal », Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney, Paris, Sirey, 1964, pp. 205 et s.

134 E. FERRI, La sociologie criminelle, *op. cit*., p. 492.

135 T. PARSONS, *The structure of social action*, vol. 1, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1968, p. 306.

136 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 18e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 4.

137 *Ibid.*, p. 143.

138 E. DURKHEIM, *ibid.*, pp. 95-96.

sociétés moins homogènes qu'auparavant. Ceci a un impact direct sur le *plan moral* : pour DURKHEIM, toute société se construit autour d'un ensemble de valeurs partagées qu'il appelle la « conscience collective ». Or, constate-t-il, dans les sociétés modernes, marquées par la montée de l'individualisme, cette « conscience collective » s'atténue et remplit moins qu'auparavant son rôle de cohésion sociale.

Sur le *plan juridique*, cette plus grande fragmentation morale contribue à l'émergence ou à l'extension de certaines formes générales d'*anomie* et d'« irréglementation », notamment dans le champ des activités économiques et professionnelles. Pour DURKHEIM, le processus d'« anomie » traduit l'extension d'une sphère de la vie sociale qui se déploie « en dehors de toute action morale » et qui est marquée par les « conflits, désordres, loi du plus fort, voire anarchie »[139]. DURKHEIM s'inquiète ici en conséquence du développement de sphères d'activités marquées par « une absence de réglementation par le droit »[140], tout comme il fait le constat d'un adoucissement et d'un rétrécissement progressif du droit pénal en regard d'autres types de droit.

Sur le *plan scientifique* enfin, l'époque est dominée par le positivisme qui constitue la toile de fond sur laquelle DURKHEIM articule sa pensée[141]. Si DURKHEIM tend à prolonger la démarche des criminologues positivistes par certains aspects, il entend également rompre avec ce courant sur d'autres points[142]. On verra, par exemple, que dans sa quête d'une définition du crime, il prend d'abord appui sur GAROFALO pour ensuite s'en détacher radicalement.

A. Le crime

DURKHEIM aborde la question du crime essentiellement sous trois aspects différents : celui de sa définition, celui de sa normalité et celui de l'évolution du processus de criminalisation.

1. La définition du crime

Pour *définir* le crime, DURKHEIM articule d'abord très explicitement sa conception à celle de GAROFALO. Comme ce dernier, le sociologue français se propose de chercher la nature du crime, son « élément permanent et général » ou ses « propriétés intrinsèques », soit l'invariant qui permettrait de l'identifier.

Comme GAROFALO, DURKHEIM envisage d'abord de dégager un certain nombre de ressemblances essentielles « non seulement entre tous les crimes prévus par la législation d'une seule et même société, mais entre tous ceux qui ont été ou qui sont reconnus et punis dans les différents types sociaux »[143]. Assez rapidement, il renonce à cette démarche au motif qu'elle mènerait à un résultat trompeur : certes, il est possible d'identifier certaines « ressemblances essentielles » propres à quelques crimes « universels », réprimés en tout temps et en tous lieux. Mais on ne toucherait là qu'une « infime minorité » des crimes et une telle méthode « ne pourrait nous donner du phénomène (criminel) qu'une notion singulièrement tronquée, puisqu'elle ne s'appliquerait qu'à des exceptions »[144]. Autrement dit,

---

139 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P. U. F., 1973, pp. II et III.

140 *Ibid*., p. III.

141 Sur la continuité et les ruptures de la pensée de Durkheim avec les positivistes, voir I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *The new criminology : for a social theory of deviance*, Londres-Boston-Henley, Routldghe and Kegan Paul, 1974, pp. 70 et s.

142 À cet égard, *cf.* notamment I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit.*, pp. 70 et s.

143 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit*., p. 35.

144 *Ibid.,* p. 36.

cette démarche ne donnerait aucune explication sur la nature de la grande majorité des actes érigés en crime par les lois pénales.

Dès lors, à défaut de pouvoir dégager « les propriétés *intrinsèques* des actes imposés ou prohibés par les règles pénales », DURKHEIM se rabat sur une définition juridique du crime : il s'agit pour lui d'identifier le rapport constant que ces actes entretiennent avec une condition qui leur est *extérieure*[145] et de comprendre ce qui explique leur criminalisation. L'élément propre au crime, explique alors DURKHEIM, c'est d'être « universellement réprouvé par les membres d'une société donnée » et de provoquer « cette réaction caractéristique qu'on nomme la peine »[146]. La question devient dès lors de savoir ce qui explique que, dans une société donnée, un acte entraine une réprobation sociale telle qu'il est érigé en crime. Quel est le motif social déterminant qui explique l'incrimination d'un acte ?

Dans la recherche de cet « élément extérieur » qui explique l'incrimination, DURKHEIM commence par éliminer le critère utilitariste des « exigences fondamentales de la vie collective » ou de la nuisance sociale. Ce critère voudrait que ne soient criminalisés que les actes « nuisibles » à la société ou représentant un danger social. Or DURKHEIM constate qu'une « multitude d'actes sont érigés en crimes, alors qu'ils ne sont pas, par eux-mêmes, nuisibles à la société » ou, ce qui va dans le même sens, qu'un nombre important d'actes font l'objet d'une répression pénale sans proportion avec leur degré de nocivité sociale. DURKHEIM prend ici l'exemple du meurtre : « universellement considéré comme le plus grand des crimes », le meurtre est en fait réprimé de manière totalement disproportionnée en regard de son degré réel de nuisance sociale. C'est assez clair si on le compare à un coup de bourse ou une faillite, des actes qui ne sont pas du tout réprimés aussi sévèrement alors pourtant qu'ils « peuvent désorganiser beaucoup plus gravement le corps social qu'un homicide isolé ». Car, ajoute DURKHEIM, « qu'est-ce qu'un homme de moins dans la société ? Qu'est-ce qu'une cellule de moins dans l'organisme ? »[147].

DURKHEIM refuse également de suivre GAROFALO dans l'idée que les actes criminels seraient ceux qui offensent « certains sentiments moraux particuliers », tels que les sentiments de pitié et de probité. Selon DURKHEIM en effet, les sentiments moraux sont variables et « si aujourd'hui, les sentiments altruistes identifiés par GAROFALO dominent dans notre type de société, d'autres sociétés ont pu être dominées par d'autres types de sentiments (religieux, domestiques, etc.) et rien ne permet de préjuger ce qu'il adviendra dans l'avenir des sentiments actuellement dominants[148].

DURKHEIM en conclut alors que le caractère commun à tous les crimes, c'est le fait de froisser des sentiments qui « sont communs à la grande moyenne des individus de la même société ». Le crime, c'est donc l'acte qui offense des sentiments gravés de manière « uniforme », avec une « certaine intensité moyenne » dans les consciences ; ou, pour reprendre une formule durkheimienne, le crime c'est l'acte qui constitue une « *offense aux états forts et définis de la conscience collective* »[149].

Cette définition du crime suscite deux remarques. D'une part, avec cette approche, DURKHEIM récuse implicitement l'idée qu'il y aurait un crime par nature. Il introduit l'idée que le crime

---

145 *Ibid.*, p. 37.
146 *Ibid*., p. 39.
147 *Ibid.*, pp. 37-38.
148 *Ibid*., p. 39.
149 *Ibid.*, p. 40.

est d'abord le produit de nos catégories morales : « nous ne le réprouvons pas parce qu'il est un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons »[150]. D'autre part, le jeu des incriminations fluctue, dès lors qu'il est fonction des évolutions de la conscience collective. DURKHEIM prend ici une distance très nette avec une conception « réaliste » ou « substantialiste » du crime, telle que la défendaient les positivistes de l'École italienne.

2. La normalité du crime

Un deuxième thème de réflexion important chez DURKHEIM est celui de la normalité du crime. DURKHEIM opère ici une distinction entre « normalité de fait » et « normalité de droit », deux concepts dont la différence n'est pas toujours aisée à comprendre dans la mesure où les deux dimensions se recoupent partiellement selon ses explications.

Par « normalité de fait »[151], DURKHEIM vise le fait que le crime est un phénomène de « sociologie normale » qui « tient aux conditions générales de la vie collective » et qu'on le rencontre nécessairement dans toutes les sociétés : le crime ne s'observe pas seulement dans la plupart des sociétés de telle ou telle espèce, mais dans toutes les sociétés de tous les types. Il n'en est pas où il n'existe une criminalité »[152]. Dès lors, l'existence de la criminalité n'est pas une « maladie sociale » : le crime est un fait normal, pour autant cependant « qu'il ne dépasse pas un certain niveau »[153]. La « normalité de fait » du crime ne préjuge donc pas du fait qu'il puisse y avoir, dans une société donnée, des « formes anormales » de criminalité ou « un taux exagéré » de criminalité[154].

Par « normalité de droit »[155], DURKHEIM souligne que le crime est en fait inévitable et utile. Le crime est d'abord inévitable ou « nécessaire »[156], en raison de la diversification des consciences individuelles : il n'est pas de société, aussi homogène soit-elle, où les individus n'auraient jamais de comportements s'écartant de la morale sociale[157]. Même dans une société de « saints », argumente-t-il contre TARDE, des fautes vénielles seraient érigées en infraction pénale parce que perçues comme dissidentes par rapport à la conscience collective. Derrière cet argument, DURKHEIM explique au fond la raison profonde de la normalité de fait du crime.

Ensuite, le crime est utile, un « facteur de santé publique, une partie intégrante de toute société saine »[158]. L'utilité est d'abord indirecte, au sens où l'absence de crime dans une société donnée signifierait l'existence d'une conscience collective à ce point dominante et intégrée par tous que la société en serait figée. L'existence du crime, dès lors qu'il marque l'écart entre les consciences individuelles et la conscience collective, est le symptôme d'une société vivante, capable de changement d'un point de vue moral et juridique. Mais le crime a aussi une utilité directe, au sens où il est « un facteur (positif) de changement, il permet de déstabiliser la morale et le droit et de les faire évoluer avec les transformations de l'existence

---

150 *Ibid.*, p. 48.

151 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op. cit*., p. 59.

152 *Ibid.*, p. 64.

153 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit*., p. 66.

154 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op. cit*., p. 66.

155 *Ibid.*, p. 59.

156 E. DURKHEIM, *Le suicide. Étude de sociologie*, nouvelle éd., Paris, P.U.F., 1969, p. 414 : « Le crime est nécessaire... il ne peut pas ne pas être ».

157 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, p. 69 : « Il ne peut pas y avoir de société où les individus ne divergent plus ou moins du type collectif ».

158 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit.,* p. 66.

collective »[159]. Dans certains cas, le crime anticipe directement la morale et le droit à venir (criminalité « antérograde ») [160] et c'est sa perpétration qui rend possible la consécration juridique d'un changement de morale en cours[161]. S'il le considère comme inévitable et à certains égards utile, DURKHEIM n'en fait pas pour autant l'apologie du crime : « de ce que le crime est un phénomène de sociologie normale, il ne suit pas qu'il ne faille pas le haïr », écrit-il encore[162].

La thèse de la « normalité » ou « fonctionnalité » au moins partielle du crime a connu des prolongements dans les théories sociologiques de la déviance. Ainsi, K.T. ERIKSON affirme-t-il, en se réclamant explicitement de DURKHEIM, que la déviance constitue « un produit normal d'institutions stables », en ce que les sociétés éprouvent le besoin d'encourager un certain degré de diversité pour éprouver et réaffirmer les limites mêmes du système social[163]. De même, un auteur comme A. COHEN estime-t-il que la déviance peut « contribuer de façon positive au succès et à la vitalité des systèmes sociaux »[164], par exemple en éclairant les règles du groupe social, en renforçant l'unification du groupe pour ou contre le déviant (thème du bouc émissaire) ou en signalant l'existence de défaillances dans l'organisation sociale[165].

3. L'évolution du processus de criminalisation : l'écart entre les sociétés à solidarité mécanique et les sociétés à solidarité organique

La position de DURKHEIM sur ce point, largement critiquée[166], est étroitement liée à ses thèses relatives à la typologie des sociétés et la fonction de la division du travail social. DURKHEIM fait le constat à son époque d'une régression du droit pénal, qu'il associe au passage de sociétés à « solidarité mécanique » à des sociétés à « solidarité organique ».

Pour DURKHEIM, les sociétés primitives se fondaient sur une « solidarité mécanique » ou solidarité par similitudes. Ces sociétés, fortement homogènes, étaient marquées par une similitude importante des activités entre leurs membres, une faible division du travail, une grande homogénéité physique et psychique et, dès lors, une très grande conformité des consciences individuelles à la conscience collective. À ce type de société correspondait la domination d'un droit répressif (pénal) dont la fonction était, en sanctionnant tout écart à une morale sociale très fortement ancrée dans les consciences, de renforcer la conscience collective[167].

En revanche, les sociétés industrielles – celles de la fin du XIXe siècle – se fondent sur une « solidarité organique » ou par « complémentarité », à l'image d'un corps vivant dont le fonctionnement global est tributaire de la complémentarité entre ses organes. À la différence des premières, ces sociétés sont caractérisées par une spécialisation des rôles, une forte

---

159 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op. cit*., p. 70.

160 *Ibid.*, p. 71.

161 DURKHEIM rappelle ainsi que « la liberté de penser dont nous jouissons actuellement n'aurait jamais pu être proclamée, si les règles qui la prohibaient n'avaient été violées avant d'être solennellement abrogées » (*ibid*.). On peut penser ici à certaines « croisades morales » menées par des infracteurs qui, en matière d'avortement ou d'euthanasie par exemple, ont revendiqué la violation de l'interdit pénal pour faire évoluer la morale sociale et la loi pénale.

162 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op. cit*., p. 72, note 1.

163 K.T. ERIKSON, « Notes on the sociology of deviance », in H.S. Becker, *The other side. Perspectives on deviance*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1964, pp. 9 et s.

164 A. COHEN, *La déviance*, trad. de J.P. VAN ROY, Gembloux, Duculot, 1971, p. 23.

165 *Ibid.*, pp. 23-32.

166 *Cf.* notamment L.S. SHELEFF, « From restitutive law to repressive law. Durkheim's "The division of labor in society" re-visited », *Archives européennes de sociologie*, t. XVI, 1975, n° 1, pp. 16 et s.

167 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit*., pp. 104-105.

division du travail, une importante différenciation individuelle et un affaiblissement corrélatif de la conscience collective. Dans ce type de société plus « éclatée », le droit répressif cède du terrain au profit d'un « droit coopératif ou restitutif » (droit civil, administratif, constitutionnel), dont l'objet est plus de « réguler » de manière horizontale les rapports entre les individus que de rappeler les fondamentaux de la conscience collective.

D'un point de vue évolutif, la thèse de DURKHEIM est, par conséquent, que « plus un type social est rapproché du nôtre, plus le droit coopératif devient prédominant ; au contraire, le droit pénal occupe d'autant plus de place qu'on s'éloigne de notre organisation actuelle »[168].

B. Le criminel

Si le crime occupe une place plus centrale que le criminel dans les travaux de DURKHEIM, ce dernier se trouve cependant évoqué à plusieurs reprises, mais à travers des représentations partiellement différentes, selon le contexte pris en considération.

1. De l'autre radical à un « agent régulier de la vie sociale »

Dans une perspective peu critique, influencée par les conceptions positivistes dominantes, et que DURKHEIM considérera lui-même ultérieurement comme erronée[169], le criminel est d'abord décrit comme la « négation même de la solidarité »[170], marqué par une forme d'altérité radicale : « si aujourd'hui comme autrefois, le criminel est l'objet de notre réprobation, c'est parce qu'il n'est pas notre semblable », n'hésite pas à écrire DURKHEIM[171].

Après avoir développé ses thèses relatives à la normalité du crime, DURKHEIM est amené à revoir partiellement cette conception du criminel. Ce dernier n'apparaît plus par la suite comme un « être radicalement insociable …, sorte de corps étranger et inassimilable, introduit au sein de la société »[172], mais bien comme « un agent régulier de la vie sociale »[173]. Le criminel devient donc un rouage de l'ordre social, ce qui n'empêche pas de le considérer comme un rouage « déviant ».

2. Trois figures de la déviance : le déviant biologique, le rebelle fonctionnel, le délinquant « dysfonctionnel »

Selon certains interprètes de la pensée de DURKHEIM, il est possible de distinguer différents types de « déviants » (et, sans doute, de criminels, par analogie), selon l'état de la société et notamment le type de division du travail et de solidarité sociale qui la caractérise.

Un premier type de déviant serait le déviant « biologique ou psychologique »[174]. Ce type de déviant est un individu dont la conscience morale est plus faible que la conscience morale moyenne, individu doté d'une propension au mal « souvent héréditaire » qui l'amène à

---

168 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 120. Il convient cependant de relativiser cette position initiale de DURKHEIM à la lumière de ses considérations ultérieures relatives à l'évolution des peines (*cf. infra*, C. La peine).

169 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op.* cit., p. 71, note 1.

170 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit*., p. 343.

171 *Ibid.*, p. 391.

172 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op. cit*., p. 71.

173 *Ibid.*, p. 72.

174 I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit.*, pp. 84-85.

enfreindre les exigences de la conscience collective[175]. Ce type de déviant est inévitable et se retrouve dans toute société, y compris dans celles qui connaissent une division du travail « normale » produisant un type de solidarité sociale conforme à l'évolution de la société.

Un second type de déviant a pu être qualifié de « rebelle fonctionnel »[176]. Est visé ici « l'idéaliste qui rêve de dépasser son siècle », soit le criminel qui, à l'image de SOCRATE, transgresse la loi pour « préparer une morale et une foi nouvelles ». Ce type de déviant remplirait une fonction positive dans la société dès lors que, par son acte transgressif, il contribue à la faire évoluer. À la différence du déviant « biologique ou psychologique », on ne le trouve pas dans toute société : son émergence suppose une société marquée par une forme pathologique de division du travail (qualifiée de « contrainte ») dans laquelle les règles morales ne sont plus en phase avec les réalités de la vie sociale. À propos de SOCRATE dont il salue en quelque sorte le comportement déviant, DURKHEIM écrit ainsi que « les Athéniens avaient alors besoin (de la voie tracée par SOCRATE) parce que les traditions dont ils avaient vécu jusqu'alors n'étaient plus en harmonie avec leurs conditions d'existence »[177].

Un troisième type de déviant est qualifié de « dysfonctionnel ». Il s'agit ici d'un individu qui transgresse les normes soit par excès d'individuation (« déviant égoïste »), soit par insuffisance d'individuation (« déviant altruiste »), soit encore en raison d'une absence de freins mis à ses passions. Comme le « rebelle fonctionnel », ce type de déviant viendrait par son existence même souligner l'état d'une société marquée par une division du travail pathologique, ici productrice d'« anomie ». Certes, le recours à ce type de profil « dysfonctionnel » a été mobilisé par DURKHEIM à propos du suicide et non à propos du crime en général. Toutefois, il le mobilisera à propos de l'homicide, énonçant l'hypothèse qu'« une individuation faible ou... un état d'altruisme excessif pousse aux homicides »[178], de même que « l'anomie... ouvre une autre (source de l'homicide) »[179].

Le tableau suivant, emprunté à TAYLOR, WALTON et YOUNG[180], permet de se représenter plus clairement ces différents cas de figure.

Société	**Individu**	
Division normale du travail	(Conformiste)	Type 1 Déviant biologique ou psychologique
Division pathologique du travail	Type 2 Rebelle fonctionnel	Type 3 Déviant dysfonctionnel (anomie ou égoïsme)

On peut en conclure que, dans la pensée de DURKHEIM, le criminel ne constitue pas une entité homogène et que l'état de la société à laquelle il appartient constitue, en plus des facteurs de nature individuelle, un élément essentiel à l'explication de son comportement.

---

175 En ce qui concerne le caractère héréditaire de la « perversion morale » et de la criminalité en particulier, DURKHEIM admet en effet, avec LOMBROSO, que « la propension au mal est souvent héréditaire ». Il estime néanmoins qu'« on n'en peut rien déduire relativement aux formes particulières du crime et du délit » (*De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 305).

176 I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit*., p. 84.

177 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique, op. cit*., p. 71.

178 E. DURKHEIM, *Le suicide*, *op. cit.*, p. 407.

179 *Ibid.*, p. 409.

180 I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit.,* p. 85. Les deux colonnes verticales correspondant au profil de l'individu permettent de distinguer selon que ce profil répond (1re colonne) ou non (2e colonne), d'un point de vue fonctionnel, aux besoins de la société.

On soulignera encore que, dans le sillage de DURKHEIM, d'autres auteurs comme R. K. MERTON évoquent plusieurs formes d'adaptation individuelle à l'état de la société, débouchant à rebours sur quatre types de déviants : l' « innovateur » qui, tel le voleur professionnel ou le criminel en col blanc, adhère aux buts, mais rejette les moyens autorisés ; le « ritualiste » qui, tel le bureaucrate zélé, souscrit aux moyens, sans adhérer aux buts; le « retraitiste » qui, tel le vagabond ou le toxicomane, rejette à la fois les buts et les moyens; le « rebelle », enfin, qui, tel le révolutionnaire, tente de redéfinir de nouveaux buts et de nouveaux moyens[181].

C. La peine

Les sanctions pénales font l'objet, chez DURKHEIM, de trois types de réflexions, relatives respectivement à leur définition, à leur fonction et à leur évolution.

1. La définition de la peine

DURKHEIM définit la peine comme « une réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite »[182].

Trois éléments ressortent de cette définition : tout d'abord, si la peine est une réaction passionnelle, elle suppose néanmoins une certaine forme de « graduation » et de *proportionnalité* à la gravité du crime[183]. Autrement dit, à la différence de la vengeance (susceptible de tous les excès), la peine est une réponse mesurée à l'infraction.

Ensuite, à la différence de la « répression diffuse » dont peut faire l'objet une action simplement immorale, la peine suppose une certaine forme d'« *organisation* », soit un cadre régulateur qui en organise la distribution. Avec « l'intermédiaire d'un corps constitué », DURKHEIM vise clairement « l'établissement d'un tribunal » auquel est soumis le jugement de l'infraction[184].

Enfin, DURKHEIM souligne que les peines impliquent une « douleur, ou, tout au moins, ... une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune, ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit »[185]. Cette dimension *afflictive* est caractéristique de la peine et souligne ce qui la sépare, par exemple, de sanctions restitutives qui ont pour objet de « remettre les choses en état » ou de « rétablir des rapports troublés dans sous leur forme normale »[186].

---

181 R.K. MERTON, *Social theory and social structure*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1967, pp. 131 et s.

182 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit*., p. 64.

183 *Ibid.*, p. 55.

184 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, pp. 63-64. On mettra ceci en lien avec certains commentaires suscités en Belgique par l'« Affaire Dutroux », soulignant que « la justice n'est pas un bureau de poste » et mettant l'accent sur l'importance d'un certain ritualisme consubstantiel à l'acte de juger.

185 *Ibid.*, p. 33. DURKHEIM semble avoir ultérieurement développé l'idée que la réprobation inhérente à la peine « garderait toute sa raison d'être, alors même qu'elle ne serait pas ressentie comme douloureuse par celui qui la subit » (*L'éducation morale*, p. 147, cité par Fr. DIGNEFFE, « Durkheim et les débats sur le crime et la peine », in C. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, p. 382).

186 E. DURKHEIM, De *la division du travail social, op. cit*., pp. 33-34 et p. 64.

2. Les fonctions de la peine

Quant à la fonction des peines, DURKHEIM commence par relativiser l'impact du passage, classiquement relevé par la dogmatique pénale, d'une peine vengeance (dominante sous l'Ancien Régime) à une peine essentiellement dissuasive (perspective utilitariste défendue par les classiques). Selon lui, ces deux dimensions – vengeance/expiation et dissuasion/prévention – sont en fait étroitement liées : lorsque la vengeance était prioritaire, explique-t-il, c'était aussi « avec l'idée d'écarter le retour de ce mal », soit dans un but de prévention. Et à l'inverse, la fonction dissuasive prioritaire de la peine moderne n'empêche pas que cette dernière demeure « avant tout, une expiation du passé », donc « un acte de vengeance »[187]. En pratique, la peine continue d'ailleurs à se calculer comme rétribution d'un acte passé que le coupable doit expier. Le concept de proportionnalité de la peine au délit apparaît ici comme un opérateur clé, tant du calcul de la rétribution que de celui de la dissuasion.

Un deuxième élément souligné par DURKHEIM est le rôle essentiel de la fonction symbolique de la peine. Pour DURKHEIM, la véritable fonction de la peine n'est pas directement utilitaire : « elle ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ». D'ailleurs, ajoute-t-il, « à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre ». La véritable fonction de la peine est en fait d'un autre ordre, de nature essentiellement symbolique : elle consiste à « maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune ». Punir, dit DURKHEIM, ne sert donc pas tant à défendre la société contre le crime qu'à réaffirmer l'existence et l'importance des valeurs blessées par le crime. Il s'agit, en prononçant la peine, d'une part de proposer « un baume, guérissant les blessures faites aux sentiments collectifs » et, d'autre part, de rappeler à tout un chacun que « les sentiments collectifs (violés) sont toujours collectifs ». Inversant la perspective du sens commun, DURKHEIM en déduit alors que « le châtiment est surtout destiné à agir sur les honnêtes gens »[188].

Dans un sens très proche de DURKHEIM, certains de ses continuateurs, comme K.T. ERIKSON, souligneront que la peine a pour fonction de raffermir l'autorité de la norme violée et de réaffirmer où se trouvent les limites du groupe social[189]. De même, pour A. DAVIDOVITCH, la peine aura pour fonction de « décharger la société du poids du crime et de réaffirmer la validité des impératifs sociaux violés »[190].

3. L'évolution des peines

Dans un texte intitulé « Deux lois de l'évolution pénale »[191], DURKHEIM identifie une première loi de nature « quantitative », selon laquelle l'intensité de la peine s'atténuerait avec l'avènement de sociétés plus développées qui s'éloignent d'un pouvoir absolu. DURKHEIM prend ici appui sur le fait qu'en France, la répression a connu une forme d'adoucissement continu depuis la monarchie absolue, avec l'adoption du Code pénal de 1810, et surtout depuis sa révision en 1832 (généralisation des circonstances atténuantes). Une deuxième loi, de nature « qualitative », est que la privation de liberté tend à devenir le mode le plus fréquent et le plus normal de contrôle social.

---

187 *Ibid.*, pp. 54-56.

188 *Ibid.,* pp. 76-77.

189 K.T. ERIKSON, « Notes on the sociology of deviance », *op. cit.*, p. 14.

190 A. DAVIDOVITCH, « Le fonctionnement du concept de responsabilité dans le cadre judiciaire », *La responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, p. 233.

191 E. DURKHEIM, « Deux lois de l'évolution pénale », *Année Sociologique,* 1899-1900, vol. IV, pp. 65-95.

DURKHEIM explique cette double évolution de la pénalité par un changement de nature des incriminations. Aux crimes de « lèse-divinité » et de « lèse-majesté » (sanctionnant des atteintes à des valeurs collectives ou religieuses) privilégiés sous l'Ancien Régime, se substituent avec la modernité des crimes de « lèse-humanité » (sanctionnant les atteintes à des valeurs individuelles), qui soulèvent une moindre indignation sociale et donc des peines moins sévères. Par ailleurs, cette modération croissante des peines se traduit aussi par la substitution progressive de la peine privative de liberté (conçue comme une peine « légère ») à la peine capitale et aux peines corporelles. Faut-il en déduire que l'adoucissement de la répression va se poursuivre indéfiniment et faire en sorte que « les peines tendent vers zéro » ? DURKHEIM ne le pense pas. Pour lui, le mouvement est momentané et lorsque les crimes de lèse-humanité auront occupé l'ensemble du droit pénal, le mouvement de retrait prendra fin et s'amorcera sans doute un mouvement en sens inverse.

D. La procédure pénale

DURKHEIM n'accorde qu'une place très limitée à l'étude de la procédure pénale et, par voie de conséquence, au rôle spécifique des différents organes d'application du droit pénal[192]. On retiendra ici une particularité. Répartissant en deux grandes catégories les règles juridiques, DURKHEIM dissocie le droit pénal ou droit répressif (associé aux sociétés à solidarité mécanique) de ce qui appelle le « droit restitutif » ou « coopératif » (associé aux sociétés à solidarité organique) dans lequel il range « le droit civil, le droit commercial, le droit des *procédures*, le droit administratif et constitutionnel, abstraction faite des règles pénales qui peuvent s'y trouver »[193]. Autrement dit, DURKHEIM regroupe les droits des différentes procédures – criminelle, civile et commerciale – et dissocie, par le fait même, le droit de la procédure pénale par rapport au droit pénal lui-même. La raison en est que DURKHEIM, plutôt que d'insister sur le lien d'auxiliarité qui pourrait unir la procédure pénale au droit pénal lui-même, insiste davantage sur le rôle qui lui est propre sur le plan de l'organisation administrative : « nous ne voyons pas quelle différence radicale sépare l'administration de la justice du reste de l'administration »[194]. Pour lui, « le droit de procédure ne devrait être considéré que comme une variété du droit administratif »[195].

Parmi les continuateurs de DURKHEIM, on évoquera encore, dans un sens partiellement différent, les réflexions émises par des auteurs comme K.T. ERIKSON ou H. GARFINKEL qui mettent l'accent sur la dimension de « cérémonie » propre à la procédure pénale : la procédure pénale est analysée comme une cérémonie au terme de laquelle un individu déchoit de sa position normale dans la société pour entrer dans le rôle du « déviant »[196], ce qui permet à GARFINKEL de parler de « cérémonie de dégradation »[197]. Ces auteurs entrent ici dans un type d'analyse qui sera repris et amplifié par les « théories de la réaction sociale ».

---

192 En ce sens, *cf.* notamment S. LUKES et A. SCULL, « Introduction », in S. Lukes et A. Scull, *Durkheim and the law*, Oxford, Robertson, 1983, p. 5.

193 E. DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit*., p. 34.

194 *Ibid.*, p. 95.

195 *Ibid*.

196 K.T. ERIKSON, « Notes on the sociology of deviance », *op. cit.*, p. 16.

197 H. GARFINKEL, « Successful degradation ceremonies », *American journal of sociology*, vol. 61, 1956, pp. 420 et s.

§ 4. Les théories de la réaction sociale (ou de la définition sociale)

Introduction

Si les théories fonctionnalistes, et la pensée de DURKHEIM en particulier, ont pu exercer une influence certaine sur les théories de la réaction sociale, il ne fait pas de doute qu'il existe entre elles des différences suffisamment importantes pour y voir des approches spécifiques des phénomènes criminel et pénal[198].

Parmi ces différences, la plus importante réside sans doute dans le fait que, contrairement à DURKHEIM, les théories de la réaction sociale ne conçoivent pas la société comme un tout indifférencié, la conscience collective comme unique[199] et les organes de création et d'application du droit pénal comme des organes neutres qui seraient le simple « reflet » de la conscience collective. À cette perspective holiste – que DURKHEIM relativisera lui-même à la fin de sa vie –, les théoriciens de la réaction sociale opposent une vision nettement plus conflictuelle du monde social : composée d'une pluralité des groupes sociaux en conflit, la société est marquée par l'hétérogénéité de la conscience collective (« il n'y a pas une opinion publique, mais des opinions publiques ») et, en son sein, les organes publics sont appelés à jouer un rôle spécifique et différencié dans le fonctionnement du système pénal. Autrement dit, les acteurs de création et d'application de la loi pénale sont ici perçus comme des « acteurs sociaux », porteurs d'intérêts et de valeurs, qui opèrent des choix et jouent un rôle déterminant dans le fonctionnement du système pénal.

La genèse et le développement de ce courant théorique diffèrent partiellement selon les auteurs, dans la mesure où il peut se concevoir comme le point de rencontre de plusieurs orientations plus ou moins convergentes. Dans les années 1950 apparaît aux États-Unis un courant qualifié de « labeling theory » ou « théorie de l'étiquetage »[200]. Dans son ouvrage de référence, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, H.S. BECKER souligne la portée du concept de « labeling » : le terme suggère que tant la qualité d'acte délinquant que celle d'individu déviant ne sont pas des caractères qui leur sont intrinsèques, mais les conséquences d'un étiquetage social : « Le déviant est celui à qui on a réussi à appliquer cette étiquette, le comportement déviant est le comportement que les gens qualifient ainsi »[201].

Ce type d'analyse, porté par des sociologues de la déviance d'orientation constructiviste, traduit un double souci : d'une part, il s'agit de dépasser la criminologie étiologique de l'école italienne, centrée sur le seul délinquant individuel et son passage à l'acte. D'autre part, il s'agit d'orienter la sociologie de la déviance vers l'étude du système pénal, en tant que ce dernier crée de la déviance. Un accent majeur sera mis ici sur le « stigmate pénal » qui résulte de l'intervention pénale et ses conséquences problématiques. On peut à cet égard souligner quatre effets problématiques du stigmate pénal :

- l'étiquette de déviant qui résulte de la condamnation pénale rend plus difficile la réintégration sociale (cf. la problématique du casier judiciaire) ;

---

198 À cet égard, *cf.* notamment S. LUKES et A. SCULL, « Introduction », *Durkheim and the law*, *op. cit.*, pp. 20 et s.

199 Il est vrai que Durkheim a lui-même ébranlé ce postulat en reconnaissant que « nous faisons partie de plusieurs groupes et il y a en nous plusieurs consciences collectives », mais il en a minimisé aussitôt l'importance, en ajoutant que « cette complication ne change rien au rapport que nous sommes en train d'établir » (*De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 74, note 1).

200 *Cf.* notamment E.M. SCHUR, *Labeling deviant behavior. Its sociological implications*, New York-Londres, Harper and Row, 1971.

201 H.S. BECKER, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1963, p. 9.

- le stigmate lié à la condamnation peut produire une « identification au rôle » de déviant et favoriser l'entrée dans une sous-culture de la déviance ou dans une « carrière délinquante »[202] (cf. la problématique de la récidive) ;
- l'étiquetage pénal favorise un imaginaire clivé entre délinquants et victimes (réelles ou potentielles) et tend à figer les rapports entre « menaçants » et « menacés ». À cet égard, l'intervention pénale favorise la création d'une « criminologie de l'Autre »[203] ;
- la logique individualisante et responsabilisante de la condamnation pénale contribue à dépolitiser la question de la déviance, en oblitérant ses dimensions économiques, culturelles ou sociales.

Dans les années 1960, la *labeling theory* est jugée trop restrictive ou unilatérale, en ce qu'elle élude le rôle joué par le déviant lui-même dans le processus d'étiquetage. Certains auteurs, dont H.S. BECKER, privilégient alors l'appellation de « théorie interactionniste »[204], rappelant ainsi la « dette de l'analyse en termes d'étiquetage à l'égard de l'interactionnisme symbolique (de G.H. MEAD) ». Dans cette perspective interactionniste, le justiciable n'est plus un individu purement « passif » face à la machine pénale. Aussi, l'étiquette de déviant est-elle perçue comme le résultat d'un jeu d'interactions entre les acteurs du système pénal et l'individu qui s'y confronte. Aussi, comme l'explique BECKER, « la déviance n'est pas considérée comme une entité statique, mais plutôt comme le produit sans cesse remodelé d'un processus dynamique d'interaction sociale »[205]. Une conséquence directe de cette perspective interactionniste sera de considérer que les justiciables confrontés au système pénal connaissent des trajectoires diverses et que tout individu qui entre dans le système n'en ressort pas automatiquement avec l'étiquette de déviant.

Une troisième qualification enfin, souvent utilisée dans le monde francophone à partir des années 1970, est celle de « théorie de la réaction sociale ». L'appellation souligne l'intérêt de la recherche scientifique pour « les réactions sociales à la déviance », soit « les processus par lesquels des personnes en viennent à être définies comme déviantes par d'autres »[206]. Il s'agit, dans cette perspective, d'étudier deux processus qui, cumulés, produisent le « statut de déviant ». Le processus de « criminalisation primaire » d'abord, par quoi on vise le processus d'incrimination ou de création de la loi pénale par lequel la réaction sociale définit ce qui est déviant ou non. Le processus de « criminalisation secondaire » ensuite, par quoi on vise le processus d'application de la loi pénale, soit la réaction sociale en tant qu'elle « étiquette » et produit le déviant à travers le jeu des interactions qui jalonnent sa trajectoire dans le système pénal.

Cette focalisation sur la réaction sociale en tant qu'elle crée la déviance suscitera de nouvelles orientations de recherche vers, d'une part les processus de création de la loi pénale (comment se construit la loi pénale et quels sont les acteurs porteurs d'un projet pénal ? Quels sont les intérêts et valeurs protégés par la loi pénale ?) et d'application de la loi pénale (comment

---

[202] On ne verse cependant pas ici pas dans le nominalisme absolu. L'idée n'est pas que l'étiquette ou le stigmate suffit à expliquer le crime : « il serait absurde de suggérer que les voleurs à main armée attaquent les gens parce qu'on les a étiquetés comme voleurs à main armée » (H.S. BECKER, *Ousiders, Studies in the sociology of deviance*, *op. cit.*, p. 203).

[203] D. GARLAND, The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

[204] H.S. BECKER, *op. cit*., p. 181. À ce sujet, *cf.* également L. VAN OUTRIVE, « Interactionnisme et néo-marxisme. Une analyse critique », *Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 3, pp. 253 et s.

[205] E.M. SCHUR, *Labeling deviant behavior. Its sociological implications, op. cit*., p. 8. Cette qualification est également retenue par Ph. MARY, Délinquant, délinquance et insécurité, *op. cit*., pp. 241-261.

[206] J.I. KITSUSE, « Societal reaction to deviant behavior », *Social problems*, vol. 9, n° 3, 1962, p. 247 ; Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'année sociologique*, vol. 24, 1973, p. 446 ; J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville, Ellipses, 2007.

fonctionne le système de la justice pénale ? Comment se déroulent les interactions entre acteurs du système pénal et les justiciables ?).

A. Le crime

Dans le prolongement de la définition de départ adoptée par DURKHEIM, les théories de la réaction sociale soulignent d'abord la relativité des concepts de crime et, plus largement, de déviance en tant que produits d'une définition sociale. H.S. BECKER affirme ainsi que ce sont « les groupes sociaux (qui) *créent* la déviance en adoptant les *règles* dont l'infraction constitue la déviance »[207]. Ph. ROBERT souligne également que, loin d'être une propriété intrinsèque à un comportement spécifique, « le crime comme toute déviance... n'est qu'un concept dérivé… qui renvoie à l'étude des normes qui l'institue »[208]. D'une formule plus radicale, ROBERT synthétise cette perspective nominaliste en disant que c'est « *la loi pénale (qui) crée l'infraction* par son institution même » (pas le comportement, bien entendu, mais son existence en tant que crime)[209]. Pour les partisans de ce courant « constructiviste », les concepts de crime et de déviance sont donc d'abord le produit dérivé d'une norme pénale qui définit certains actes en infraction. On comprend mieux dès lors que par « réaction sociale », les auteurs de ce courant ne désignent pas « seulement des manifestations *postérieures* à la commission d'une infraction » mais englobent également le phénomène *antérieur* de criminalisation primaire qu'ils considèrent comme la première étape de construction de la déviance[210].

Cette perspective nominaliste amène logiquement les auteurs de ce courant à accorder une place essentielle à l'étude des normes pénales, ceci sous deux angles différents[211]. Le premier problème envisagé est celui de *l'incrimination* ou de la création de la loi pénale. Quelle est la genèse de la loi pénale ? Quels sont les intérêts et les valeurs protégés par la loi pénale ? L'accent sera mis ici sur le jeu des acteurs sociaux à l'œuvre derrière le processus de création de la loi. Étudiant la législation sur les drogues aux États-Unis au début de XXe siècle, BECKER soulignera ainsi le rôle des « entrepreneurs de morale » à l'œuvre derrière la création de certaines lois pénales[212], alors que son compatriote GUSFIELD évoquera les « croisades symboliques »[213] de certains groupes qui voient dans la norme pénale un moyen d'imposer leurs valeurs spécifiques à l'ensemble de la société. De ce type d'approche émerge un constat : contrairement à ce que laissaient entendre les analyses de DURKHEIM, la loi pénale n'est pas tant l'expression de la conscience collective que le résultat d'un compromis de paix provisoire entre des intérêts et des valeurs en conflit. L'exemple de la législation sur les drogues émergeant aux États-Unis au début de XXe siècle, telle qu'analysée par BECKER et d'autres, montre bien cette dimension : la loi est largement le résultat de l'action des Ligues de tempérance qui cherchent à imposer les valeurs de la classe moyenne protestante ; elle subit l'influence des syndicats américains soucieux de disqualifier la main-d'œuvre chinoise (grande consommatrice d'opium) et de protéger ainsi les travailleurs américains ; elle traduit aussi les intérêts de la police new-yorkaise qui, grâce à la criminalisation des drogues, a pu obtenir des budgets supplémentaires.

---

207 H.S. BECKER, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance, op. cit*., p. 9.

208 Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984, p. 106.

209 *Ibid.*, p. 107.

210 Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *op. cit.*, p. 469.

211 Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, pp. 108-109.

212 H.S. BECKER, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance, op. cit*., p. 121.

213 J.R. GUSFIELD, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, University of Illinois Press, 1963.

Le deuxième problème envisagé est celui de la *réception* de la norme pénale dans une société donnée. S'intéressant aux représentations sociales du crime dans la société française, Philippe ROBERT et Claude FAUGERON remettent en question « l'hypothèse du consensus » à propos de « la gravité différentielle des conduites criminelles »[214]. Selon ces chercheurs, si l'on excepte les 25% des comportements qui se trouvent aux extrêmes de l'échelle de gravité des crimes, « d'importants clivages traversent la société française à propos des incriminations et de leur ordre de priorité »[215]. Les « zones de dissensus » sont donc nettement plus importantes que les « zones de consensus »[216]. On pourrait dire, en termes plus simples, qu'il n'y a pas « une » mais « des » opinions publiques à propos de l'échelle de gravité des crimes.

B. Le criminel

Pour les représentants américains de l'interactionnisme symbolique, la qualité de criminel (ou de déviant) n'est pas une qualité intrinsèque de l'individu. Elle est le produit d'un double processus d'étiquetage social. *Étiquetage social indirect* d'abord, au sens où cette qualité dépend d'abord de la construction sociale de l'acte comme infraction (criminalisation primaire). *Étiquetage social direct* ensuite, au sens où cette qualité de déviant ne résulte pas seulement de la commission d'un acte qualifié déviant mais suppose une rencontre avec le système pénal au terme de laquelle l'individu ressort avec l'étiquette de « déviant » (criminalisation secondaire).

À cet égard, Becker souligne que « beaucoup de contrevenants (*offenders*) peuvent ne pas être appréhendés et éviter ainsi d'être inclus dans la population des ''déviants'' »[217]. C'est la raison pour laquelle le déviant est « celui auquel cette étiquette a été appliquée avec succès »[218] au terme de sa trajectoire pénale. À partir de recherches empiriques, les auteurs vont montrer l'importance de la diversité des trajectoires pénales : aux différents stades du système de la justice pénale existent des « voies de sortie » ou « boites de dérivation » qui permettent de sortir du système pénal avant de se voir condamné et étiqueté comme déviant. On peut penser ici, entre autres mécanismes, au classement sans suite policier, au classement sans suite du parquet, à la médiation pénale ou à la suspension du prononcé de la condamnation par le juge de fond. Le type d'interactions qui se déploient tout au long de la trajectoire pénale est donc déterminant de l'étiquetage (ou non) comme « déviant ».

Cette théorie de l'étiquetage social (direct et indirect) conduit à deux constats**,** eux aussi nourris empiriquement. D'une part, le système pénal fonctionne, tant au stade de la criminalisation primaire que secondaire, de manière discriminatoire au sens où il privilégie certains groupes cibles. Au stade de la création de la loi pénale, ce sont plutôt, comme le soulignait FOUCAULT les « illégalismes des classes populaires » qui font l'objet d'une incrimination pénale[219], les « white collar crimes » faisant eux plus rapidement l'objet d'une répression administrative, de sanctions civiles, fiscales ou autres. Au stade de l'application de la loi pénale, des recherches déjà anciennes montrent que l'auteur condamné par la justice pénale est d'abord un individu de « sexe masculin », « surtout un jeune », qu'il est « plus que proportionnellement un étranger » et qu'il appartient préférentiellement à certaines

---

214 Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *op. cit.*, p. 485 ; Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *La justice et son public*, Genève, Médecine et Hygiène, 1978.

215 Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion., p. 185.

216 *Ibid.*, p. 179.

217 *Ibid.*, p. 9. C'est pour cette raison qu'on a pu dire que « la théorie interactionniste de la déviance tend à minimiser toujours davantage le rôle de l'infraction à l'égard de la norme » (N. HERPIN, *Les sociologues américains et le siècle*, Paris, P.U.F. p. 78).

218 *Ibid*.

219 M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, op. cit*.

« catégories socio-professionnelles (vulnérables) »[220]. Le constat reste largement valable aujourd'hui. BECKER en conclut que « la loi est appliquée d'une manière différenciée » et « davantage à certaines personnes qu'à d'autres »[221].

D'autre part, la théorie de l'étiquetage permet d'opérer une distinction proposée par E.M. LEMERT entre deux types de déviance, la « déviance primaire » et la « déviance secondaire ». Pour LEMERT, la déviance primaire désigne une première forme de transgression des normes, dont les causes peuvent être multiples et dont les effets n'affectent que superficiellement le statut et la structure psychique de l'infracteur. Cette figure fait penser à celle du « délinquant occasionnel » pour lequel l'acte transgressif ne restera qu'un accident de parcours. La déviance secondaire, en revanche, traduit un engagement dans la déviance ou « l'identification au rôle de déviant » qui résulte de l'intervention stigmatisante du système de la justice pénale[222]. Est mis en lumière ici le paradoxe de la réponse pénale qui, plutôt que de mettre un frein à la déviance, engage par sa réponse même un individu dans une « carrière déviante »[223]. Ce problème est largement mis en lumière par les thèmes de la prison comme « école du crime » ou de la récidive[224].

C. La peine

Trois éléments relatifs à la peine sont mis en exergue par ce courant de pensée.

D'abord, si la peine est analysée comme une réponse parmi d'autres à la déviance, elle est envisagée essentiellement à travers ses dimensions de stigmatisation, de dégradation et de ségrégation.

Ensuite, on souligne ici que le propre de la peine, à la différence d'autres sanctions (restitutives ou réparatrices), est d'être le vecteur de l'« intérêt à la répression de l'État » et non pas de l'« intérêt à la réparation de la victime »[225]. Comme le souligne Ph. ROBERT, la logique de la peine suppose « la substitution du souverain à la victime dans le rôle de l'offensé »[226], ce qui souligne la dimension publique prioritaire du droit pénal.

Enfin, la peine est considérée comme une production sociale qui permet une « gestion différentielle des illégalismes » en fonction de clivages socio-professionnels. Certes, on retrouve aussi des chefs d'entreprise en prison (notamment via le contentieux de la délinquance sexuelle qui dépasse les cloisonnements sociaux), mais ceci reste plutôt exceptionnel. Et, globalement, l'ordre des peines types n'apparait pas le même pour les infracteurs, selon qu'ils appartiennent à des groupes socialement vulnérables (prison-sursis-amende) ou à des groupes dotés d'un capital social, culturel et financier favorisé (ordre inversé : amende-sursis-emprisonnement)[227]. Selon que vous êtes riche ou misérable…

---

220 Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *op. cit.*, p. 87.

221 H.S. BECKER, *Outsiders*, *op. cit.*, pp. 12-13.

222 E.M. LEMERT, *Human deviance, social problems and social control*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1972, pp. 62-63.

223 H.S. BECKER, *Outsiders*, *op. cit.*, p. 25.

224 C'est notamment en réponse à ce problème que se développent ces dernières années, avec un succès très relatif, des « alternatives » dont l'objectif est de lutter contre le recours systématique à la prison et la surpopulation carcérale.

225 M. 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 X. Dijon, H. Dumont, A. Berten, *Droit et pouvoir*, t.I., *La validité*, 1987, pp. 327-346.

226 Ph. ROBERT, *La question pénale*, *op. cit*., p. 168.

227 *Ibid.*, pp. 184-185. Voy. aussi Ph. ARTIERES et P. LASCOUMES, *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

D. La procédure pénale

Un des apports les plus intéressants des théories de la réaction sociale est d'avoir mis en lumière le problème de l'interaction essentielle existant entre le processus de création de la norme pénale (criminalisation primaire) et le processus de son application (criminalisation secondaire) et de ses « ratés ». Cette interaction, apparemment évidente, ne l'est pas en pratique. Ainsi, BECKER souligne-t-il que « l'existence d'une règle ne garantit pas automatiquement qu'elle sera appliquée »[228], alors que van de KERCHOVE s'interroge sur le fait de savoir si « les lois pénales sont faites pour être appliquées »[229].

Le constat comme l'interrogation soulignent qu'un écart peut séparer le processus de création de la norme pénale (criminalisation primaire) et le processus de son application (criminalisation secondaire). Comment expliquer cette dissociation ou le fait qu'une loi pénale promulguée ne soit pas appliquée ou seulement de manière partielle ?
Plusieurs facteurs explicatifs peuvent être mis en avant :

1. Lorsque certaines règles pénales font l'objet d'un *dissensus* plus ou moins important, une technique de compromis consiste à édicter ou maintenir formellement et symboliquement la règle, sans qu'on cherche à en assurer l'application effective[230]. On peut même parfois maintenir la règle pénale de manière formelle tout en décourageant son application effective (« dépénalisation de fait »).

2. Loin d'être des automates, les acteurs du système de la justice pénale *opèrent des choix*, à tous les stades de celui-ci. Ces choix peuvent être guidés par « l'intérêt pour la règle elle-même », quand ces acteurs se mettent dans la peau « d'entrepreneurs moraux » (*rule enforcers*)[231], par des « intérêts organisationnels »[232] ou « professionnels »[233]. Un impératif de gestion peut ainsi pousser à faire des choix pour répondre à la surcharge de la justice pénale. En Belgique, le classement sans suite d'affaires jugées peu importantes répond à cette problématique, là où dans d'autres pays, on est parfois amené à fixer des « quotas » d'enregistrement en matière de plaintes (par exemple pour les vols de vélo aux Pays-Bas).

3. Enfin, un facteur important est l'existence de *mécanismes de sélection*, tant à l'entrée d'une infraction dans le système de la justice pénale que dans son traitement par le système de la justice pénale. Ce processus de sélection a pour effet que seule une partie des infractions commises fera l'objet de poursuites et d'une condamnation effective, ce qui entraine *de facto* une application partielle de la loi pénale dans divers cas de figure :

- des *mécanismes de sélection existent à l'entrée* du système pénal et sont liés à ce qu'on appelle la « reportabilité » d'une infraction[234]. Certaines infractions sont peu « visibles »[235] (par exemple en matière de délinquance économique ou financière) et échappent dès lors au système pénal. Dans d'autres cas, certaines infractions, visibles,

---

228 H.S. Becker, *Outsiders. Study in the History of Deviance, op. cit*., p. 121.

229 M. 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 », *J.T.*, 1985, pp. 329 et s.

230 H.S. Becker*, Outsiders, op. cit*, p. 124; J.R. GUSFIELD, *Symbolic crusade. Status politics and the American temperance movement,* Urbana-Chicago-London, University of Illinois Press, 1963, pp. 115, 121 et 122.

231 H.S. BECKER, *Outsiders*, *op. cit.*, pp. 155 et s.

232 T. DICKSON, « Bureaucracy and morality: an organizational perspective on a moral crusade », *Social Problems*, 1968, n°16, pp. 143 et s.

233 *Ibid.*, p. 156.

234 Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *op. cit.*, p. 32.

235 *Ibid.*, pp. 32-33.

peuvent ne faire l'objet d'aucun « renvoi »[236]vers le système pénal pour des raisons diverses : il s'agit d'un crime sans victimes (individualisées), d'un acte de délinquance intra-familiale, d'un acte qui laisse penser à la victime que l'infracteur a peu de chances d'être poursuivi, etc.) Or, comme le système pénal est peu *self-starter*, c'est-à-dire qu'il ne s'auto-approvisionne que très peu lui-même[237], l'absence de reportabilité d'un certain nombre d'infractions pénales pèse, dès le départ, sur le taux de non-application de la loi pénale. Si l'infraction est bien « reportée » vers le système pénal, cela ne signifie pas encore qu'elle va être « traitée » pour déboucher sur une peine prononcée et appliquée.

- des *mécanismes de « filtrage » existent également au niveau du traitement de l'affaire par le système pénal.* Au stade policier, des infractions peuvent connaître une absence d'enregistrement (classement vertical) ; au stade de l'information, le parquet peut décider un classement sans suite, proposer une médiation pénale ou une transaction pénale. Le juge de fond peut lui parfois envisager la suspension du prononcé ou une condamnation avec sursis. Si la peine est prononcée, son exécution peut encore être individualisée par le Tribunal d'application des peines… Il résulte de ces divers mécanismes de sélection que le système pénal s'apparente à un « entonnoir à filtres successifs »[238], marqué, à chaque phase d'intervention (police, parquet, juridictions d'instruction, juridictions de jugement, tribunal de l'application des peines), par un processus plus ou moins important de sélection.

L'existence de ces processus de sélection emporte trois conséquences, mises en lumière par les chercheurs :

1) La criminalité réelle est un chiffre noir que les statistiques policières ou judiciaires – « statistiques de la criminalité enregistrée » - ne reflètent que très partiellement.
2) Les statistiques criminelles donnent une image rétrécie mais aussi déformée de la criminalité réelle : ces statistiques surreprésentent en effet certains types de délits (mieux reportés et mieux « traités ») et en sous-représentent d'autres (moins visibles, moins renvoyés ou qui sortent du système pénal en cours de route).
3) Selon certains, les statistiques criminelles constituent dès lors plus une mesure du fonctionnement et des priorités de la justice pénale qu'un étalon de mesure de la criminalité[239].

§ 5. Le retour de la victime

Introduction

Les différentes théories examinées jusqu'ici ont en commun de ne pas accorder une place primordiale à la victime d'une infraction pénale. De même, la victime a régulièrement été présentée ces dernières années comme « la personne oubliée »[240] ou le « parent pauvre »[241]

---

236 *Ibid.*, pp. 33-36.

237 *Ibid.*, p. 33.

238 *Ibid.*, p. 63.

239 *Ibid.*, p. 57 ; T. SLINGENEYER, « Criminalité réelle : équation et réflexions », *Dictionnaire de la criminologie en ligne*, disponible sur http://criminologie.site.koumbit.net/article/criminalité-réelle-équation-et-réflexions

240 *Cf.* notamment J. SHAPLAND, J. WILLMORE et P. DUFF, *Victims in the criminal justice system*, Aldershot-Brookfield, 1985, p. 1 ; R.E. BARNETT, « Restitution: a new paradigm of criminal justice », in R.E. Barnett et J. Hagel, *Assessing the criminal. Restitution, retribution, and the legal process*, Cambridge, Mass., Ballinger, 1977, p. 363.

241 FORUM NATIONAL POUR UNE POLITIQUE EN FAVEUR DES VICTIMES, *Plan stratégique d'une politique nationale en faveur des victimes. Fondements pour une charte belge de la victime d'infractions pénales*, Bruxelles, Ministère de la Justice, juin 1996, p. 7.

d'un système de justice pénale construit autour de l'affrontement entre l'auteur de l'infraction et l'État.

Depuis les années 1960, le « retour » de la victime dans la pensée pénale[242] est une réalité qui peut s'expliquer par le cumul de plusieurs facteurs.

Sur le plan sociétal, l'émergence d'une culture victimaire traduit le glissement de sociétés structurées autour du conflit et de la revendication collective vers des sociétés d'individus en quête de reconnaissance personnelle ; la multiplication des droits subjectifs encourage également chacun à mettre l'accent sur les manques qui l'affectent ; un sentiment général d'insécurité, lié à l'incertitude croissante qui pèse sur les trajectoires sociales, souligne également une peur de victimisation liée à la montée des inégalités et au démantèlement progressif des filets de protection sociale pour les plus vulnérables ; une culture néo-libérale de la responsabilisation est également ressentie comme injuste par ceux qui estiment ne pas avoir les moyens de répondre aux injonctions à « être autonome » qui leur sont adressées.

Sur le plan pénal, d'autres facteurs expliquent le retour de la victime : l'accroissement du sentiment d'insécurité associé à la petite délinquance, dont certains soulignent qu'il accroit la perception victimaire, là ou d'autres soulignent que ce sentiment est instrumentalisé par l'État pour masquer son incapacité à lutter contre les autres sources plus profondes d'une insécurité existentielle[243] ; le reflux de l'acceptation de l'« accident » qui pousse chaque individu à exiger l'identification d'un responsable-coupable devant la justice pénale ; la crise du modèle de réhabilitation conçu en termes de traitement du délinquant; le besoin de revaloriser un système pénal en crise, tant en termes d'efficacité que de légitimité[244].

Ce regain d'intérêt pour la victime va favoriser le développement de deux types de savoir.

Le premier à une *visée explicative* et cherche à mieux comprendre la place que joue la victime sur la scène pénale. On voit ici émerger :

a) des « enquêtes de victim(is)ation »[245] qui répondent au développement d'enquêtes de délinquance « auto-reportée »[246], tant pour combler les lacunes des statistiques de délinquance enregistrée (cf. le chiffre noir de la délinquance) que pour mieux comprendre le point de vue des victimes ;

b) des recherches qui s'intéressent aux comportements et caractéristiques personnelles de la victime[247], aux interactions qui se développent entre le criminel et la victime et aux perceptions réciproques que ce processus implique[248] ;

---

242 *Cf.* également A. WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 117, qui parle de la « victime, nouvelle étoile de la scène pénale ? » ; M. BARIL, *L'envers du crime*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2002 ; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 63 où l'auteur parle du « temps des victimes » ; C. ELIACHEFF et D. SOULEZ-LARIVIERE, *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007.

243 Y. CARTUYVELS et Ph. MARY (dir.), *L'État face à l'insécurité. Dérives politiques des années 1990*, Bruxelles, Labor, 1999.

244 Sur ce dernier point, voy., notamment, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers », *Delikt en Delinkwent*, 2001, pp. 1079 et s.

245 Concernant certaines illustrations de telles enquêtes, *cf.* notamment W.G. SKOGAN, *Sample surveys of the victims of crime*, Cambridge, Mass., Ballinger, 1976. Concernant les problèmes inhérents à une telle méthode, *cf.* notamment R. ZAUBERMAN (dir.), « Sources d'information sur les victimes et problèmes méthodologiques dans ce domaine », *Recherches sur la victimisation*, Études relatives à la recherche criminologique, vol. XXIII, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985.

246 À ce sujet, cf. notamment R. ZAUBERMAN (dir.), *Les enquêtes de délinquance et de déviance auto-reportées en Europe. État des savoirs et bilan des usages*, Paris, L'Harmattan, 2009.

247 E.A. FATTAH, « La victimologie : entre les critiques épistémologiques et les attaques idéologiques », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 1, p. 74.

c) des recherches qui étudient les rapports entre les victimes et la justice pénale, mettant en lumière un processus de « victimation secondaire » qui résulte du sentiment de maltraitance ressenti par les victimes dans leur confrontation à l'appareil pénal[249].

Un second type de savoir propose une perspective *scientifique*, qui a également une portée *réformatrice* ou *normative*. La visée poursuivie ici est double : d'une part, il s'agit d'envisager différemment le procès pénal en redonnant à la victime une place d'acteur, ceci au prix d'un questionnement assez fondamental sur la logique même de la peine ; d'autre part, il s'agit, de manière concrète et dans la foulée d'auteurs comme GAROFALO[250] ou PRINS[251], de mettre un accent plus important sur les droits des victimes dans le procès pénal ou sur leur droit à la réparation du dommage subi, quitte à encourager une forme de privatisation de la justice pénale.

Parmi la mosaïque de courants qui se croisent sur fond de ce souci victimaire, on en retiendra deux qui ont joué (ou jouent encore) un rôle important dans la discussion pénale et criminologique. Le premier est l'*approche abolitionniste*, développée par deux auteurs principaux, le Néerlandais Louk HULSMAN[252] et le Norvégien Nils CHRISTIE[253]. Favorables à l'abolition du système pénal, les partisans de l'abolitionnisme évoquent le remplacement du terme « infraction » par celui de « situation-problème » et proposent le recours à des modes plus horizontaux (communautaires, conciliatoires ou civils) de règlement des conflits. Un second courant est celui de la *restorative justice* : moins radical dans sa remise en cause du pénal, ce courant met l'accent sur l'importance d'organiser la réponse à l'infraction dans une perspective de « réparation » du dommage et/ou de « restauration » des liens entre auteur et victime, auteur et société[254]. En Belgique ce courant est fortement représenté à la KULeuven, avec notamment Lode WALGRAVE[255], Tony PETERS ou Ivo AERTSEN[256]. Ce sont ces deux courants que l'on mobilisera ici pour l'essentiel.

---

248 *Cf.* notamment E.A. FATTAH, « Some recent theoretical developments in victimology », *Victimology. An international journal*, 1979, n° 2, pp. 198 et s. ; E.A. FATTAH, « Le rôle de la victime dans le passage à l'acte: vers une approche dynamique du comportement délictuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique,* 1973, XXVI, 2, pp. 173 et s.

249 En Belgique, l'« Affaire Dutroux » et les fortes critiques lancées par les parents des petites victimes à l'adresse de la justice souligneront cette dimension.

250 R. GAROFALO, *La criminologie*, *op. cit.*, p. 400 : « Pour la classe de délinquants qui se trouve placée à la limite inférieure de la criminalité naturelle, la peine de l'emprisonnement pourrait être avantageusement remplacée par la seule contrainte rigoureuse du dédommagement du mal matériel et moral dont ils ont été la cause ».

251 A. PRINS, *Science pénale et droit positif, op. cit*., p. 374.

252 *Cf.* notamment L. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. Debuyst, *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Genève, Masson-Médecine et Hygiène, 1981, pp. 7 et s. ; L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

253 N. CHRISTIE, « Conflicts as property », *The British journal of criminology*, vol. 17, 1977, n° 1, pp. 1 et s. ; N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Oslo, Universitetsforlaget, 1981 (traduction française par D. KAMINSKI, *Au bout de nos peines*, Bruxelles, Larcier-De Boeck, 2005).

254 G. VARONA, *Restorative justice: new social rites within the penal system?*, Oñati, The Oñati international Institute for the sociology of law, 1996 ; E.A. FATTAH et S. PARMENTIER (éds.), Victim policies and criminal justice on the road to restorative justice. Essays in honour of Tony Peters, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2001; L. DUPONT et F. HUTSEBAUT (éds.), Herstelrecht tussen toekomst en verleden. Liber amicorum Tony Peters, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2001 ; M. JACCOUD, *Justice réparatrice et médiation pénale – Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; R. CARIO*, Justice restauratrice – Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005, 2e éd., 2010 ; AERTSEN, T. DAEMS et L. ROBERT (éds*.), Institutionalizing restorative justice*, Cullompton, Willan, 2006 ; R. MACKAY (éd.), *Images of restorative justice*, Francfort, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2007 ; I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN et J. WILLEMSENS (éds.), *Restorative justice realities: empirical research in a European context*, La Haye, Eleven International pub., 2010 ; Ph. GAILLY, *La justice restauratrice*, Bruxelles, Larcier, 2011 ; L. WALGRAVE (éd.), *Restorative justice and the law*, Cullompton, Willan, 2011 ; G. JOHNSTONE, *Restorative justice: Ideas, values, debates*, Londres, Routledge, 2011. Au sujet de la distinction entre restauration et réparation, cf. notamment S. DEMET, C. JACQMAIN et E. PARELLO, « Quels enjeux pour une politique pénitentiaire ? Réflexions sur le concept de justice réparatrice ou de justice restauratrice », *J.D.J.*, n° 185, 1999, pp. 21 et s. Concernant les rapports entre le concept de restauration et les autres « paradigmes » de la peine, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La justice restauratrice au coeur du conflit des paradigmes de la peine », *L'avènement juridique de la victime,* Journées régionales d'histoire de la justice, Besançon, 11-12 avril 2013, 2015.

255 L. WALGRAVE, "Mediation and community service as models of a restorative approach: why should it be better? Explicating the objectives as criteria of evaluation", in H. Messmer et H.-U. Otto, *Restorative justice on* trial. *Pitfalls and potentials of victim offender mediation. International research perspectives*, Dordrecht-Boston_Londres, Kluwer, 1992, pp. 343 et s.; L. WALGRAVE et I. AERTSEN, « Reintegrative shaming and restorative justice. Interchangeable, complementary or different? », *European Journal on criminal policy and*

A. Le crime

Partant de l'idée qu'il n'existe pas de « notion ontologique du crime » qui permettrait de lui attribuer une « nature intrinsèque particulière » [257], les *abolitionnistes* entendent « problématiser » la notion de crime et la remplacer par la notion souple de « situation-problème ». Le « crime » est alors conçu comme « un conflit interpersonnel requérant solution » [258], dans un cadre ouvert qui laisse aux intéressés « le choix du cadre d'interprétation de l'événement et de l'orientation à donner à la réponse éventuelle »[259]. Dans cette perspective, la situation-problème n'est plus considérée d'avance comme un « fait punissable », ni même comme une situation « nécessitant une quelconque intervention extérieure »[260].

L'approche *restauratrice* quant à elle, met l'accent sur la nature « conflictuelle » du crime : le crime est à concevoir moins comme la violation d'une règle de droit ou une offense à l'État que comme un dommage concret causé à des personnes et aux relations que celles-ci entretiennent au sein d'une même communauté[261]. Cette perspective, très différente de l'approche pénale classique qui vise la répression d'un fait punissable, orientera aussi différemment la réponse à l'infraction, plus orientée vers la victime et la communauté[262]. Dès lors, l'approche restauratrice mettra l'accent sur la restauration de la paix et du lien social, tout en favorisant la réparation et la restauration des droits de la victime[263].

B. Le criminel

En plaçant la victime au centre de leurs préoccupations, les différents courants de pensée évoqués introduisent un triple déplacement en regard de la place et la perception du criminel dans la justice pénale. D'abord, à l'affrontement binaire classique entre le criminel et l'État se substitue une approche triangulaire de la justice pénale, auteur-victime-société. Ensuite, dans certains cas, l'intérêt pour la victime peut conduire à une perception plus abstraite de l'auteur dont la trajectoire ou l'expérience de vie passent à l'arrière-plan. Enfin, la perspective victimologique peut conduire à concevoir l'auteur moins comme un « contrevenant » transgresseur de règles ou comme un être « anti-social », que comme l'« auteur » d'un préjudice concret subi par une ou plusieurs victimes[264] ou comme le « protagoniste » d'un conflit interpersonnel ou d'une situation-problème[265].

---

research, vol. 4, n° 4, 1996, pp. 67 et s.; L. WALGRAVE, « La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, 1999, vol. 32, n° 1, pp. 7 et s.

256 T. PETERS, "Bemiddeling, herstel en strafrechtspleging", *Panopticon*, 1993, pp. 97 et s. ; T. PETERS et I. AERTSEN, "Restorative justice: in search of new avenues in judicial dealing with crime. The presentation of a project of mediation for reparation", in C. Fijnaut, *Changes in society and criminal justice in Europe*, vol. 1, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, pp. 311 et s.

257 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in F. Ringelheim, *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Bruxelles, ULB, 1984, p. 308 ; L. HULSMAN, « Struggles about terminology: ''problematic situation'' vs ''crime''», in Y. Cartuyvels, Fr. Digneffe, A. Pires, Ph. Robert, *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Paris-Montréal, L'Harmattan-L'Harmattan Inc., 1998, pp. 45 et s.

258 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux... », *op. cit.*, p. 311.

259 *Ibid.*, p. 312.

260 *Ibid*.

261 *Cf.* notamment H. ZEHR, *Changing lenses a new focus for crime and justice, Scottdale, Herald Press, 1990*, pp. 18 et s. ; L. WALGRAVE, « ''Herstelrecht'' een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie? », *Panopticon*, 1992, p. 27.

262 H. ZEHR, *ibid.*, p. 224; L. WALGRAVE, "'Herstelrecht'...", *op. cit.*, p. 28.

263 H. ZEHR, *ibid.*, p. 224; L. WALGRAVE, "'Herstelrecht'...", *op. cit.*, p. 28.

264 *Cf.* notamment, en ce sens, H. VON HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University press, 1948, p. 383, où l'auteur parle de "doer-sufferer relation" et p. 387 où il parle de "relationships between the one who injures and the one who is injured".

265 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, *op. cit.*, p. 110. Les auteurs insistent, dans ce sens, sur la nécessité de « problématiser... la notion d'auteur » (p. 108), comme ils l'ont fait également pour la notion de crime.

Certaines études ont par ailleurs tenté de contribuer à fournir une *explication* du passage à l'acte criminel. Parmi les premières du genre, on citera notamment celle de Hans VON HENTIG consacrée à la « contribution de la victime à la genèse du crime »[266]. L'idée générale est ici que, dans de nombreux cas, le crime ne résulte pas mécaniquement de l'attitude d'un sujet, le criminel, dont la victime serait l'objet, mais d'une interaction « sujet-objet », dans laquelle, « en un sens, la victime modèle et façonne le criminel »[267]. Autrement dit, l'âge ou le sexe de la victime, l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie générale d'individus, tels que les jeunes, les femmes, les personnes âgées, les malades mentaux, les toxicomanes, les alcooliques, les immigrés ou encore les membres de minorités raciales, sont des facteurs qui peuvent favoriser certains passages à l'acte criminel[268].

On signalera encore ici que des études se sont intéressées aux moteurs du « passage à l'acte » dans le cadre de conflits de masse ou à caractère collectif. Ainsi, les « Commissions Vérité et Réconciliation », si elles visent surtout à apporter une réponse pacificatrice aux crimes commis, contribuent également à éclairer les moteurs du conflit.

C. La peine

En ce qui concerne la peine, les apports les plus nouveaux proviennent des auteurs qui conçoivent des solutions alternatives aux formes traditionnelles d'intervention du droit pénal.

L'alternative la plus radicale est sans aucun doute proposée par le courant *abolitionniste*. Émergeant dans les années 1960, sous la houlette du criminologue néerlandais L. HUSLMAN, les abolitionnistes partent de l'idée que « le système pénal ne peut être et ne sera jamais qu'une machine à produire des souffrances *vaines* » et que « ce n'est pas en touchant aux buts de la peine, ou à sa durée, ou à ses fondements théoriques, ou à ses modalités, qu'on peut changer quoi que ce soit au *système* »[269]. Ces auteurs estiment, de même, que « toutes les « mesures » autres que la « peine » organisées à l'intérieur du système pénal étatique, quelle que soit leur vocation éducative ou thérapeutique, n'ont en fait jamais perdu leur caractère *afflictif* et *infamant* »[270]. Ils en tirent la conclusion qu'il ne faut pas chercher à faire un droit pénal meilleur mais « quelque chose de meilleur que le droit pénal »[271]. En conséquence, ils estiment qu'à défaut de pouvoir résoudre une situation-problème au sein du groupe, les intéressés ne devraient pouvoir recourir, comme forme d'intervention extérieure, qu'à une « approche *civile* »[272] (au sens large du terme, pouvant inclure le recours à des mesures administratives[273]). Une grille de lecture civile du conflit leur paraît en effet « adéquate quel que soit le conflit » et, en toute hypothèse, « plus utile aux intéressés que l'actuel système pénal »[274].

Le courant de la *Restorative Justice* ou « justice restauratrice » est aujourd'hui l'alternative la plus en vogue à la réponse pénale classique. Reprenant des intuitions abolitionnistes, ce

---

266 H. VON HENTIG, *The criminal and his victim, op. cit*., pp. 383-450.
267 *Ibid.*, p. 384.
268 *Ibid.*, pp. 404-419.
269 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », *op. cit.*, p. 309.
270 *Ibid.*, p. 300.
271 La formule, célèbre, est empruntée à G. RADBRUCH.
272 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, *op. cit.*, p. 154.
273 *Ibid.*, p. 138, note 19 ; L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux... », *op. cit.*, p. 311, note 22.
274 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, *op. cit.*, pp. 154-155.

courant privilégie la réparation du dommage subi par la victime, cherche la réintégration de l'auteur et favorise la pacification du lien social mis à mal par le crime. Ses partisans s'intéressent aux champs les plus divers de la pénalité, des crimes de masse (avec les Commissions Vérité et Réconciliation) aux crimes de droit commun (médiation réparatrice) ou à la justice des mineurs (sentencing circles).

Alors que de nombreuses mesures visent principalement la participation des parties et la réparation du dommage à la victime (médiation pénale, médiation réparatrice, travaux d'intérêt général, etc.)[275], d'autres mesures plus collectives visent davantage la restauration du lien social, la réhabilitation ou la réintégration des (anciens) détenus [276] (projets de réconciliation auteur/victime, programmes de conscientisation et d'information auprès des détenus, concertations restauratrices en groupe, cercles de soutien et de responsabilité, etc.). Une littérature abondante souligne l'intérêt de l'ensemble de ces dispositifs, tant en ce qui concerne le besoin de reconnaissance et le traitement des souffrances des victimes[277], que le processus de responsabilisation et de réintégration des auteurs ou encore l'impact en termes de réconciliation et de pacification sociale[278].

D. La procédure pénale

En mettant l'accent sur la victime, les courants de pensée évoqués ici sont susceptibles d'apporter un triple éclairage sur la procédure pénale.

En premier lieu, ils mettent en lumière *la façon dont la justice pénale est perçue par les victimes* et notamment la façon dont elles s'estiment traitées par les acteurs de la justice pénale [279] . À cet égard, diverses recherches ont mis en lumière un phénomène de « victimisation secondaire »[280] : ce concept souligne le fait que, trop souvent, la victime d'une infraction pénale (victimisation primaire) éprouve le sentiment de devenir une seconde fois victime, en raison de l'attitude que lui réservent les services de police et de justice dans leur réponse à l'infraction commise[281].

En deuxième lieu, un accent est mis sur l'octroi d'une *place plus importante aux victimes dans le procès pénal*. Le motif en est que celles-ci sont *de facto* « dépossédées » et perdent la propriété de leur conflit dès que celui-ci entre dans la machine pénale[282]. Ceci débouche sur des initiatives diverses visant à renforcer l'implication des victimes tout au long du processus pénal. Service d'aides aux victimes, information sur le sort des dossiers pénaux, droit à demander certains actes d'instruction, droit d'avis en matière de libération anticipée, etc. constituent autant d'innovations qui s'inscrivent dans cette perspective.

---

[275] A. LEMONNE, « Évolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme », *Rev. dr. pén*, 2007, liv. 2-3 ; Ph. MARY (dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 325-347.

[276] M. DHAMI, G. MANTLE et D. FOX, « Restorative Justice in Prisons », *Contemporary Justice Review*, 2009, pp. 43 et s..

[277] R. CARIO, *op. cit.,* 2007 ; H. STRANG, *Repair or revenge. Victims and restorative justice*, Oxford, Clarendon Press, 2002 ; B. CLAES et A. LEMONNE, « La justice réparatrice en Belgique : une nouvelle philosophie de la justice ? » in V. Strimelle, A. Jaspart, S Smeets et F. Van Hamme, *Justice ! Des Mondes et des visions*, 2014.

[278] A. CAMERON, *Restorative Justice: A Literature Review*, Vancouver, The British Columbia Institute Against Family Violence, 2005.

[279] Cf. notamment J. SHAPLAND, J. WILLMORE et P. DUFF, *Victims in the criminal justice system*, Aldershot-Brookfield, Gower, 1985.

[280] *Cf.* notamment R.I. MAWBY et S. WALKLATE, *Critical criminology. International perspectives,* Londres, Sage, 1994., p. 33 ; E.C. VIANO, "Victims of crime as stereotypes'', *Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'acte*, 1995, pp. 111-112.

[281] En Belgique, l'« Affaire Dutroux » a été l'occasion de mettre en lumière cette dimension. Les parents des deux petites filles assassinées ont largement dénoncé les mauvais traitements dont ils estimaient avoir fait l'objet dans le chef, notamment, d'une justice hautaine et peu à l'écoute de leur souffrance.

[282] *Cf.* notamment J. GITTLER, "Expanding the 50ôle of the victim in a criminal action'', *Pepperdine law review*, vol. 11, 1984, p. 121.

En troisième lieu émerge une volonté de promouvoir, en lieu et place, ou parallèlement au procès pénal proprement dit, de *nouveaux modes alternatifs de résolution des conflits* (MARC) plus « participatifs »[283] ou négociés, favorisant le dialogue entre auteur et victime, plutôt que le recours au « glaive » pénal. Au départ, ce souhait prenait une forme radicale, chez certains théoriciens abolitionnistes notamment : ces derniers préconisaient la disparition pure et simple des tribunaux répressifs[284] et leur remplacement soit par des tribunaux civils[285], soit par des « face-à-face » entre l'auteur de l'infraction et la victime organisés par des instances de médiation communautaires[286]. Il a pris une forme plus nuancée ensuite, notamment chez les partisans de la justice restauratrice, qui admettent généralement l'existence d'un véritable « pluralisme judiciaire »[287]. Dans les faits, ces MARC se déploient, à l'image de la médiation pénale, à l'« ombre » de la justice pénale et sont généralement pensés comme complémentaires à l'action des tribunaux[288].

§ 6. La pensée pénale face au risque : métamorphose(s) de la dangerosité

Introduction

Dans le fil d'une évolution repérable dans divers domaines du droit – dont le droit de l'environnement[289] – le concept de « risque » a pénétré de manière croissante la pénalité depuis la fin du XXe siècle, donnant naissance à ce que certains ont appelé une « nouvelle pénologie » (*New Penology*)[290], recourant aux techniques probabilistes de l'actuariat[291]. Renouant en partie avec certaines intuitions de la pensée positiviste de la fin du XIXe siècle (*cf. supra*), la pensée actuarielle conçoit le crime comme un « événement dont les possibilités de survenance sont probabilisables »[292], c'est-à-dire comme un risque qu'il s'agit de prévoir, de gérer et de contrôler pour en minimiser l'occurrence et les impacts sociaux négatifs.

Le principe d'une gouvernementalité du crime par le risque n'est pas neuve. À la fin du XIXe siècle, le thème de la dangerosité, porté par la criminologie positiviste, est déjà concurrencé par une idéologie du risque. Où se situe l'écart ? L'imaginaire de la dangerosité repose sur l'idée qu'il s'agit de défendre la société contre *un individu* dangereux doté d'une personnalité criminelle. L'objectif est de dépister le danger probable que représente un individu singulier prédisposé au crime, sur la base d'un entretien clinique subjectif centré sur les causes

---

283 Sur ce concept, *cf.* notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 1996, n° 5, pp. 445 et s. ; Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 529 et s. Concernant la reconsidération de la place de la victime dans le procès pénal en Belgique, *cf.* notamment J. DU JARDIN, « La personne lésée dans l'action pénale », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 1968-1969, pp. 674 et s. ; M. FRANCHIMONT, « La victime dans le procès pénal », *J.T.*, 1997, pp. 121 et s. ; B. DESMET, « De tendens tot overaccentuering van het slachtoffer in het strafproces », *Panopticon*, 1998, pp. 387 et s.

284 L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, *op. cit.*, p. 154.

285 *Ibid.*, p. 155.

286 *Ibid.*, pp. 156-157.

287 *Cf.* notamment J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, "Alternatives to the judicial model'', in N. Wright et B. Galaway, *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community*, Londres, Sage, 1989, p. 193.

288 A. GARAPON, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 230.

289 Y. CARTUYVELS (dir.), *Les ambivalences du risque : regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, FUSL, 2008.

290 M. FEELEY et J. SIMON, « The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 1992, 30, 4, pp. 452 et 455. Pour une synthèse en langue française, voy. T. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal/Penal Field*, 2007, IV.

291 L'actuariat est une technique utilisée par les compagnies d'assurance pour calculer le montant de la prime demandée à un futur assuré, en fonction du risque qu'il représente. Son profil de risque est obtenu par la mise en relation de divers facteurs de risque (âge, quartier, accidents antérieurs, etc.) dont le croisement chiffré permet de définir un score de risque et de verser le conducteur dans un groupe à risque en fonction du risque probable d'indemnisation qu'il représente.

292 G. CLIQUENNOIS, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises », *Déviance et Société*, 2006, 30, p. 355.

possibles du passage à l'acte. En contrepoint, l'imaginaire du risque propose, en recourant à des techniques issues de l'actuariat, non plus d'identifier des individus dangereux mais de définir des groupes ou *profils à risques*, sur fond du « croisement de variables ou facteurs dont la mise en relation rend plus ou moins probable l'avènement du comportement indésirable »[293] et d'y rattacher des individus singuliers.

Au début du XXe siècle aux États-Unis, des *échelles de risque* sont construites dans les champs connexes de la criminalité et de la folie pour identifier les groupes à risques déviants[294]. L'objectif est un dépistage systématique, plus sûr que l'expertise clinique de dangerosité qui ne procède qu'au cas par cas sur des individus singuliers, permettant d'identifier « tous les faibles d'esprit, tous les aliénés incurables et tous les épileptiques, tous les imbéciles, tous les criminels récidivistes, tous ceux qui souffrent manifestement d'une carence de la volonté et tous les ivrognes invétérés »[295]. L'idéal est celui d'une prévention totale : il s'agit de construire un système de détection parfaitement étanche, qui pense l'intervention pénale préventive à partir de « classes à risques » et non plus d'individus singuliers. En ce début du XXe siècle, l'imaginaire du risque devra céder devant l'imaginaire de la dangerosité. Les échelles de risque apparaissent finalement peu fiables et leur logique de pur dépistage s'accorde mal avec l'idéal dominant d'une pénalité axée sur la réhabilitation et le traitement du délinquant. La logique étiologique de la dangerosité (comprendre les causes du passage à l'acte individuel) l'emporte sur la logique probabiliste du risque qui fait fi de l'histoire individuelle du sujet.

À la fin du XXe siècle toutefois, on assiste à la renaissance d'une pénalité actuarielle du risque qui, selon certains, traduirait la revanche des sciences probabilistes sur les sciences étiologiques[296]. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce retour de l'idéologie du risque et des technologies actuarielles au cœur des politiques pénales. Le premier est, sous l'impulsion d'une prise de conscience dans le domaine de l'environnement, l'*importance prise par la question du risque et du principe de précaution* dans tous les domaines de la vie sociale. Dans ce que le sociologue allemand U. BECK appelle la « société des risques »[297], le souci de prédire, de calculer et d'anticiper les risques réels et potentiels s'est considérablement accru dans tous les champs de la vie sociale et le champ pénal n'échappe pas à cette tendance lourde. Le second est le glissement croissant de nos sociétés vers une *gouvernance algorithmique.* Cette « gouvernance par les nombres » repose sur une double opération de *data mining* (récolte et croisement de données multiples) et de profilage automatisé. Les profils, construits à partir du croisement des données récoltées, permettent d'envoyer des messages standardisés mais spécifiques aux membres d'un même groupe (par exemple à certaines catégories de consommateurs ou d'électeurs) ou d'établir et d'orienter des politiques publiques ciblées dans un idéal d'optimisation[298].

---

293 R. CASTEL, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, n°47-48, p. 122.

294 B. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance & Société*, 2011, pp. 5-33 ; A. A. BRUCE, E. W. BURGESS et A. M. HARNO, "A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois", *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1928, n°1, pp. 1-306 ; E. W. BURGESS, "Is Prediction Feasible in Social Work? A Inquiry Based upon a Sociological Study of Parole Records", *Social Forces*, n°7, pp. 533-545.

295 C.F. MAC DONALD, "Presidential Address", *American Journal of Insanity*, juillet 1914, p. 9.

296 J. PRATT, "Dangerousness, Risk and Techologies of Power", *The Australian and New-Zealand Journal of Criminology*, 2005, n°1, pp. 20-21.

297 U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.

298 F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 306. La technologie algorithmique permet ainsi aux acteurs politiques d'adresser des messages spécifiques à divers groupes de population comme elle permet aux publicitaires de cibler (et aussi de formater) nos désirs. Sur la gouvernance algorithmique, voy. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de Fance, 2012-2014*, Paris, Fayard, 2015.

Dans le champ pénal, diverses politiques de détection, de prévention et de punition sont désormais liées au croisement de données statistiques érigées en indicateurs de risque(s)[299]. Le regain d'intérêt pour une pénologie actuarielle, prenant appui sur des échelles de risques et destinée à prévenir la récidive, s'inscrit dans ce mouvement. Le troisième facteur est le déploiement d'une *pénalité de contrôle*, sur fond d'une crise de la pénalité de correction. Comme le souligne le sociologue américain David GARLAND, si les institutions pénales héritées de l'histoire pénale du XXe siècle (la police, les tribunaux, la prison) n'ont pas fondamentalement changé, la culture du système, elle, a bien évolué : moins directement centrée sur la (ré)insertion des déviants, elle est désormais plus orientée par le souci de prévenir, contrôler et gérer les risques de délinquance[300]. Au « nothing works » en termes de traitement et de réhabilitation répond la quête d'un « what works » en termes de prédiction et de contrôle : si le comportement criminel ou le risque de récidive sont scientifiquement prévisibles, il doit être possible de construire des dispositifs de contrôle performants correspondant au niveau de risque délinquant répertorié[301]. À l'impuissance à agir sur les causes du crime répond la volonté « positive » d'en contrôler les effets.

A. Le crime

Dans une perspective actuarielle, le crime est moins perçu comme un problème moral que comme un *risque normal*, au même titre que ceux couverts par la sécurité sociale (maladie, chômage…)[302]. Il s'agit alors moins de comprendre les causes ou de saisir le sens d'un acte perçu comme le symptôme d'un malaise individuel ou social (l'ancienne pénalité *Welfare*) que de penser les stratégies les plus adaptées pour prévenir ou contrôler les effets du crime. Problème technique, dont la définition, la nature ou les causes ne sont plus interrogées, le crime est perçu comme une *probabilité statistique* dont il faut maintenir les occurrences dans des seuils socialement acceptables et réguler les conséquences négatives par une logique de gestion systémique[303]. La priorité devient de gérer ou de réduire les risques d'un acte dont la signification potentielle devient moins importante que l'occurrence probable.

La « nouvelle pénologie » ne propose donc pas tant une nouvelle vérité sur l'essence du crime qu'un discours sur le fonctionnement du système pénal comme instrument de gestion et de contrôle du crime. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de M. FEELEY et J. SIMON selon laquelle la criminologie actuarielle « n'est pas du tout une criminologie, mais une *branche appliquée de la théorie des systèmes* » [304]. Cette approche technocratique du crime comme problème à gérer par le système pénal traduirait selon certains une *définalisation* de la pénalité[305] : les discours sur la fin ou les finalités sociales de la pénalité

---

299 B. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel », *Déviance & Société*, 2011, n°1, pp. 5-33.

300 D. GARLAND, *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2002. De manière significative, Garland souligne comme seule véritable innovation institutionnelle l'émergence à la fin du XXe siècle d'un secteur de prévention, avec de nouvelles politiques et de nouveaux acteurs (agents de prévention, gardiens de la paix, médiateurs, etc.).

301 K. HANNAH-MOFFAT, « Évaluation du risque et des besoins chez les jeunes contrevenants : un aperçu », *Rapport de recherche sur la justice pour les jeunes*, Ministère de la Justice, Canada, avril 2003, en ligne, www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/jj-yj/rr03_jj4-rr03_yj4/rr03_jj4.pdf, consulté le 12 avril 2018.

302 M. FEELEY et J. SIMON, « Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law », in D. Nelken, *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994, p. 173.

303 M. FEELEY M. et J. SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, op. cit.*, 1992, pp. 452 et 455 ; G. CHANTRAINE, « Prison et regard sociologique. Pour un décentrage de l'analyse critique », *Champ pénal/Penal Field*, 2004, I, p. 3 ; D. ROBERT, « Transformations récentes de la législation fédérale sur la mise en liberté sous condition au Canada. Une lecture à la lumière des écrits sur la notion de risque », *Criminologie*, 2001, 34, 1, p. 77 ; M. LYNCH, « Waste Managers ? The New Penology, Crime Fighting, and Parole Agent Identity », *Law and Society Review*, 1998, 32, 4, p. 842.

304 M. FEELEY et J. SIMON, "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications", *op. cit*., 1992, p. 466.

305 D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur, PUN, 2010.

comme sur la légitimité de l'intervention pénale s'estompent au profit d'une approche managériale centrée sur un nouvel objectif prioritaire : assurer, dans un souci d'efficience systémique, la gestion optimale des flux (« inputs » et « outputs ») à l'intérieur du système pénal.

B. Le criminel

Dans une perspective actuarielle, le système pénal s'organise autour de la gestion de groupes à risques, considérés comme dangereux, indésirables ou indisciplinés[306]. Le délinquant individuel ne disparaît pas, mais il est abordé et traité en tant que membre du groupe à risques auquel il est associé. Les déviants sont *regroupés en sous-populations à risques plus ou moins élevés* (par exemple *low risk, medium risk*, *high risk*), grâce au travail technique de profilage qui vise à absorber le singulier du cas dans des catégories plus générales (*cf. infra*). Objectivé comme membre d'une sous-population particulière, le déviant n'est dès lors plus décrit à travers ses caractéristiques morales ou pathologiques personnelles mais catégorisé à travers les risques que représente le groupe auquel il est associé. L'idée de base est que les risques « ne sont pas les mêmes pour tous les individus »[307] et que se voir affecté de divers facteurs peut augmenter le risque que représente un « cas » pour la sécurité de la population[308].

En se centrant sur l'identification de profils de risque, la pensée actuarielle néglige la production de représentations relatives à la *subjectivité* des criminels[309]. La notion « d'individu dangereux » supposait l'existence d'une « personnalité criminelle » susceptible d'être étudiée en fonction de la trajectoire pénale et des caractéristiques propres d'un individu singulier. Le profil à risque fait l'impasse sur cette dimension subjective, voire sur la notion même de « personne »[310] : il construit un sujet/objet, fractionné en une série de facteurs de risque[311], résultat d'une « combinatoire [des] facteurs susceptibles de produire du risque »[312].

En orientant son action sur la gestion des risques criminels, la pénologie actuarielle se détache également de la représentation classique du délinquant comme individu psychiquement ou socialement vulnérable à traiter. Cette pensée traduit une *dépathologisation* du criminel perçu ici comme un individu rationnel, autonome et prudent, « entrepreneur de lui-même »[313] et capable d'opérer un « choix rationnel »[314]. *Homo oeconomicus*[315], le délinquant est supposé

---

306 M. FEELEY M. et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 455 ; F. BRION, « Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 421 ; G. CHANTRAINE, *op. cit.*, 2004, p. 5.

307 M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 1977-1978, éd. 2004, p. 63. Ewald précise cette idée : « Il n'y a pas à proprement parler de risque individuel. (…) Ce n'est en effet que sur l'étendue d'une population que le risque devient calculable. Le travail de l'assureur est précisément de constituer cette population par sélection et division des risques » (F. EWALD, *Histoire de l'État providence*, Paris, Livre de Poche, 1996, p. 138).

308 Selon FOUCAULT, le « cas » n'est pas « le cas individuel mais (…) est une manière d'individualiser le phénomène collectif ». Autrement dit, est visé ici l'individu non pas en tant que singularité mais en tant qu'il porte les caractéristiques d'un groupe spécifique (M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France,* 1977-1978, *op. cit.*, p. 62).

309 Les techniques actuarielles façonnent artificiellement des groupes dont les membres, n'ayant pas partagé un vécu commun, n'ont qu'un faible sentiment d'appartenance. Les membres de ces groupes ne se retrouvent pas dans les représentations formalisées que les méthodes actuarielles font d'eux. Les groupes créés sont de simples conglomérats d'individus. En classifiant les individus dans des groupes ayant une faible identité collective, les techniques actuarielles réduisent les capacités de ces individus à lutter politiquement pour une cause commune.

310 A. ROUVROY, « Autour de l'informatique : les algorithmes et la disparition du sujet », *The Conversation*, 2016, en ligne, https://theconversation.com/autour-de- l'informatique-les-algorithmes-et-la-disparition-du-sujet-53515, consulté le 12 avril 2018.

311 B. QUIRION, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, 2006, 39, 2, p. 157.

312 R. CASTEL, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, p. 123.

313 M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 1978-1979, éd. 2004, p. 232.

314 W. BROWN, « Néolibéralisme et fin de la démocratie », *Vacarme*, 2004, 29, pp. 86 à 93.

315 Au sens où sa conduite peut « relever d'une analyse économique (puisqu'elle) va répondre de façon systématique à des modifications dans les variables du milieu » (M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979, op. cit.*, p. 273). Les

se comporter comme tel, ce qui détermine les orientations de l'intervention pénale : en modifiant les variables environnementales porteuses de risque qui entourent le crime et la peine, l'intervention pénale doit influencer le choix rationnel du délinquant, le responsabiliser et le décourager du passage à l'acte[316].

C. La peine

Inscrite dans un système qui cherche à réguler de manière rationnelle le crime, la peine devient un « élément dans la gestion économique globale de la criminalité »[317]. S'il s'agit de tolérer certaines formes de criminalité et de ne pas en tolérer d'autres selon une logique économique de coût/bénéfice, il faut de même, en matière de peine, « calculer les seuils en deçà desquels une peine a un effet économique significatif et ceux où elle a un coût trop élevé par rapport au taux de criminalité »[318]. Ce sont « *les deux pôles* de la relation crime / défense sociale contre le crime, qui sont également codés comme risques, dangers virtuels pour la société, en tant qu'ils sont l'un et l'autre des *coûts* »[319].

Le premier objectif de la peine est d'infléchir le « choix rationnel » du déviant en posant un prix qui bouleverse les coûts et bénéfices de l'activité criminelle. La menace de la peine cherche donc à *dissuader par l'intéressement* (ex. : le slogan « le crime ne paye pas »). Mais si l'individu ne « répond pas » aux signaux économiques de la peine, l'objectif devient alors sa *neutralisation*. Il ne s'agit donc plus, comme le revendiquait « l'ancienne pénologie », de chercher à corriger ou traiter, moraliser ou normaliser le délinquant par la peine[320], objectifs dont la légitimité est mise en doute, tant en termes de capacité que d'utilité[321]. Il ne s'agit donc plus de « réduire les écarts entre l'individu marginal et la norme ambiante », de travailler à une transformation de l'individu à des fins de réintégration ou de disciplinarisation[322] mais bien, par la peine, de gérer le risque que représente la délinquance pour la société[323] en optimalisant l'allocation des ressources pénales (limitées) à l'ensemble de la population pénale en fonction des niveaux de risque[324].

Symboliquement, *l'incarcération* demeure la peine de référence, car elle est perçue comme efficace dans la neutralisation des risques de commission d'infractions. Est valorisée ici, selon l'expression de Michel FOUCAULT[325], la « prison-exclusion » ou la « prison-entrepôt », c'est-à-dire non pas celle qui a vocation à rétribuer, réformer et réhabiliter, mais celle qui se

---

théories du capital humain affirment que « les méthodes d'analyse appliquées aux phénomènes économiques *stricto sensu* (soit aux productions de biens et services orientées vers un échange sanctionné par une contrepartie monétaire) peuvent être généralisées » à l'ensemble des conduites humaines (S. LEGRAND, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, 2007, 28, p. 44).

316 La nouvelle pénologie renoue sur ce point avec l'analyse beccarienne du criminel et de la peine (*cf. supra*).

317 B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010, 42, p. 172.

318 B. MAZABRAUD, *op. cit.*, 2010, p. 172.

319 S. LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007, p. 294.

320 M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 173 ; F. BRION, *op. cit.*, 2001, p. 420. Ceci nous conduit à penser que l'expression « ancienne pénologie » aurait pu être avantageusement utilisée au pluriel. En effet, cette expression est mobilisée pour décrire des pratiques relevant aussi bien du jugement rétributif/moral (*retributive judgment*) que du diagnostic clinique (*clinical diagnosis*) (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 450).

321 J. SIMON, *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993, p. 105; F. BRION, *op. cit.*, 2001, p. 422.

322 B. QUIRION, *op. cit.*, 2006, p. 146. Il s'agit alors moins de viser une transformation de l'individu qu'une transformation de l'image qu'a l'individu de lui-même et une transformation, voire un évitement de certaines situations.

323 M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 2003, p. 79 ; M. VACHERET, J. DOZOIS et G. LEMIRE, « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque », *Déviance et Société*, 1998, p. 43.

324 M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 452 ; M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, pp. 173 à 175 ; F. BRION, *op. cit.*, 2001, pp. 409 à 433.

325 M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1974, éd. 2001, vol. I, p. 1482.

contente de neutraliser. L'incarcération, dont la durée comme le régime (ouvert/semi-ouvert/ fermé ; normal/ maximal/ « super max »)[326] sont déterminés par le risque que représente le délinquant pour la société, est perçue d'abord comme un moyen de retarder ou d'éviter la commission d'infractions. La durée et l'intensité de la peine de prison ne sont donc pas censées dépendre de la nature de l'acte criminel, ni de la personnalité du délinquant mais de son profil de risque[327]. Dans cette perspective, la bonne prison n'est pas celle qui permet à l'individu de se resocialiser mais celle dont il est difficile de s'évader.

Dans une pénologie marquée par un souci économique d'optimalisation des ressources, l'incarcération n'a pas le monopole de la peine. Le recours à la prison est coûteux et donc peu efficient à l'égard de divers groupes à plus faibles risques. La prison s'inscrit dès lors dans un *continuum de contrôle* dont les divers échelons sont complémentaires. Réservée aux délinquants présentant des taux élevés de risque, la prison est complétée par d'autres dispositifs plus « soft » de punition/contrôle, ce qui doit permettre d'affecter à chaque « cas » la mesure optimale qui lui convient, c'est-à-dire celle qui minimise à la fois le risque de commission d'infraction et le coût du contrôle[328]. D'un point de vue synchronique, la notion de continuum de contrôle se comprend comme l'ensemble des mesures pénales dont le but est le contrôle du délinquant et le principe d'allocation le profil de risque. D'un point de vue diachronique, cette notion se comprend comme l'adaptation permanente de la mesure de surveillance au risque et à ses évolutions.

Avec la nouvelle pénologie, la question du « *comment surveiller* » devient centrale. Des trajectoires institutionnelles de contrôle, plus ou moins intensif, sont prévues pour les délinquants en fonction du risque qu'ils représentent[329]. On sait, par ailleurs, que la population de condamnés « hors les murs » et sous surveillance a aujourd'hui dépassé celle des détenus en prison[330]. Un changement de culture est ici également perceptible, que soulignent les programmes de surveillance intensive hors les murs proposés initialement aux États-Unis[331] : ces programmes de suivi probatoire, s'ils ont toujours oscillé entre aide et contrôle, semblent s'analyser aujourd'hui moins dans une optique de réinsertion sociale du libéré que dans une optique de contrôle permettant une détection précoce des risques qu'il crée[332]. La surveillance intensive, outil de stabilisation du libéré et de contrôle précis de sa vie quotidienne bien plus que technique de normalisation à des fins d'intégration serait ainsi le symbole du passage de « sociétés disciplinaires » (FOUCAULT) à des « sociétés de contrôle » (DELEUZE).

D. La procédure pénale

---

[326] On distingue les établissements en fonction du niveau de sécurité qui y a cours (normal, maximal, « super max ») ou en fonction du type de régime (ouvert, semi-ouvert, fermé).

[327] M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 458 ; M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, pp. 174 et 175. Ceci n'empêche pas que le score de risque prenne aussi appui sur des variables liées à la nature de l'acte ou à la personnalité de l'auteur.

[328] Il s'agit de trouver la mesure qui permet de maintenir le mieux « un type de criminalité (…) à l'intérieur de limites qui soient socialement et économiquement acceptables » (M. FOUCAULT, *op. cit.*, 1977-1978, p. 7).

[329] D. ROBERT, *op. cit.*, 2001, p. 77.

[330] F. MCNEILL et K. BEYENS, "Introduction: Studying Mass Supervision", in F. McNeill, K. Beyens, *Offender supervision in Europe*, New York, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 1-18.

[331] M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 456 ; J. SIMON, *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993, p. 229.

[332] L'érosion de la dimension réhabilitative du travail social en justice au profit d'une approche de contrôle est également soulignée en Belgique (K. BEYENS, The new generation of community sanctions in Belgium, in G. Robinson, F. McNeil, *Community Punishment. European perspectives*, London, Routledge, 2016, p. 25.

On mettra ici l'accent sur deux éléments. D'une part, l'évolution managériale ou régulatoire de la pénalité se traduit par un *changement de représentation* de la justice pénale. Autrefois associée à la figure symbolique d'une dame aux yeux bandés, parée du glaive et de la balance, la justice pénale fait aujourd'hui l'objet d'une représentation systémique, sous la forme d'un diagramme arborescent, avec entrées et sorties multiples, lieux d'interconnexions et couloirs de dérivation[333]. La représentation souligne l'importance prise par l'utilitarisme fonctionnel au sein du système pénal, la priorité donnée à son ingénierie interne (il faut éviter les blocages, l'engorgement, jouer sur les circuits de dérivation…) sur les finalités sociales externes ou les fonctions symboliques du droit de punir.

D'autre part, dans une « nouvelle pénologie » orientée par la gestion/contrôle des risques, l'*identification des risques* que porte le déviant devient un enjeu d'expertise majeur[334]. En amont du système pénal peuvent être promus des dispositifs de détection des risques et de suivi comportemental des sujets détectés, dans une optique de prévention[335]. À l'intérieur du système pénal, des politiques de prévention (policière ou situationnelle) peuvent également être orientées par le niveau de risque que représentent certains groupes de populations ou certains contextes environnementaux[336]. Ainsi, les profils de risque sont introduits dans le travail policier[337], pour cibler prioritairement certaines catégories de personnes ou fixer des priorités temporelles et/ou géographiques en termes de surveillance. Concernant la phase judiciaire, le recours au « profil de risque » pour calibrer la décision à prendre est utilisé avec une intensité variable selon les pays et de manière plus importante dans les pays anglo-saxons. Si le recours au « profil de risque » apparaît désormais aussi au stade sentenciel (pour déterminer la nature et l'intensité de la peine), il est surtout utilisé au stade post-sentenciel (pour décider de l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle par exemple).

Pour établir le risque que représente le délinquant, on voit resurgir ces *échelles actuarielles de risques*, apparues dans les années 1920 mais aussitôt abandonnées en raison de leur faible fiabilité (*cf. supra*). Aujourd'hui, les échelles de risques de nouvelle génération ont pour objectif premier d'évaluer le risque de récidive d'un délinquant sur la base de sa ressemblance avec les membres d'un groupe qui ont adopté ce comportement infractionnel dans le passé et avec lesquels il partage un certain nombre de caractéristiques communes[338]. C'est donc l'« appartenance à un groupe et non la situation individuelle qui détermine (…) la décision pénale »[339]. Concrètement, le raisonnement actuariel consiste à récolter des informations concernant le délinquant sur une série de facteurs de risques ou « prédicteurs » (l'âge, le sexe, la couleur de peau, le passé judiciaire, le quartier d'habitation, etc.), de pondérer les différentes réponses grâce à un modèle de régression multiple et finalement d'attribuer un « score » de risque au délinquant. Le score global obtenu permet de classer le délinquant dans

---

333 M. FEELEY et J. SIMON, "Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law", in D. Nelken, *The futures of Criminology*, Sage, London, 1994, pp. 173-204.

334 M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, pp. 454 et 461 ; M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, pp. 175 et 180 ; D. ROBERT, *op. cit.*, 2001, p. 77. L'expression « nouvelle *pénologie* » utilisée par FEELEY et SIMON peut sembler parfois trop étroite tant ces auteurs s'intéressent à (et illustrent) la présence d'une logique actuarielle dans l'*ensemble* de la justice pénale.

335 Pour une approche critique, voy. Y. CARTUYVELS, « Troubles de conduite et déviance : des amours en eaux troubles », *Rev. dr. pén. cr.*, 2009, n°4, 32-61.

336 Les mesures de prévention situationnelle ou de techno-prévention sont des mesures qui se centrent sur des groupes et des situations identifiées comme à risque. Ces mesures préventives cherchent moins à travailler sur les causes du crime qu'à cartographier les groupes et les conduites à risque en vue d'en minimiser les effets. Il s'agit d'identifier les bons prédicteurs et ainsi d'obtenir une détection rapide (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 2003, p. 94).

337 Ainsi, les premiers profils ayant influencé les interventions policières furent ceux du pirate de l'air ou du transporteur de drogues illégales. La combinaison d'une série de facteurs comportementaux sert à distinguer ces pirates ou ces transporteurs des autres voyageurs (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, pp. 177 et 183).

338 H. KEMSHALL, *Understanding risk in criminal justice*, Open University Press, Glasgow, 2003, p. 65.

339 B. HARCOURT, « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers Parisiens/Parisian Notebooks*, vol. 3, 2007, p. 790.

un sous-groupe auquel est attaché un niveau de risque[340] et la réponse pénale correspondante. Les prédicteurs utilisés dans l'équation de régression sont dérivés de l'observation des comportements de délinquants antérieurs.

En pratique, l'*objet du risk asssesment* opéré avec les échelles de risque est double. D'une part, il s'agit de classer les délinquants dans des groupes en fonction de leur profil de risque à des fins de contrôle adéquat. Ce profil est établi sur la base de deux types de prédicteurs, souvent comportementaux[341] : des facteurs statiques de risque (âge, sexe, type et nombre d'antécédents judiciaires, etc.) auxquels on a joint, dans un second temps, des facteurs dynamiques ou « besoins criminogènes », soit des éléments qui peuvent conduire un individu au crime (absence d'emploi, absence de stabilité familiale, usage de drogues…). Sur la base de cette double grille, les délinquants se voient allouer un score de risque et de besoin (*risks and needs score*) qui permet de définir le niveau de surveillance adéquat[342]. Mais d'autre part, dès lors qu'une action efficace sur les « besoins criminogènes » doit permettre de réduire la tendance à la récidive[343], le score risk/need sert également à définir un programme comportemental de prise en charge du délinquant, programme en outre affiné en fonction de la « réceptivité » (*Responsivity*) de ce dernier (motivation, aptitudes cognitives, …). Le modèle *Risk-Need-Responsivity* (RNR) se veut donc utile non seulement aux acteurs judiciaires pour calibrer la décision judiciaire en fonction du risque que représente l'individu mais aussi aux services de probation pour définir et adapter les programmes d'apprentissage dans une perspective de réduction des risques de récidive.

Au fil des années, la construction des échelles de risque s'est affinée. Aux *risk scales* de première génération, critiquées parce que reposant sur un postulat implicite négatif (l'impossibilité de la réadaptation), ont succédé les *risk/need scales*, puis le modèle *Risk-Need-Responsivity* soucieux de prendre en charge de manière plus positive le sujet à risque. Cette pensée « positive » n'est pas sans poser certaines questions pour autant et soulève différentes critiques.

Une première critique concerne l'apparente neutralité des échelles de risque. Ces dernières ont été promues pour remédier aux lacunes de l'expertise clinique de dangerosité, jugée subjective, voire arbitraire. Or, ces échelles sont peut-être moins « neutres » que promis. Au stade de leur élaboration, il apparait que ces échelles, derrière leur image « scientifique », sont aussi « une construction sociale complexe et irrésolue, composée d'un mélange de facteurs politiques, culturels, institutionnels et personnels »[344]. Elles ne sont donc pas axilogiquement neutres ou dépourvues de valeurs et le choix des « besoins criminogènes » retenus illustre cette dimension. Seuls sont en effet pris en compte les besoins qui sont susceptibles d'être ciblés par un programme d'apprentissage. Ces besoins concernent, pour l'essentiel, les domaines de l'emploi, des interactions sociales, de l'orientation émotionnelle, de l'abus de substances jugées problématiques, du fonctionnement dans la communauté[345]. Les autres « besoins criminogènes » qui échappent à l'action possible du monde pénal ne sont

---

340 B. HARCOURT, *op. cit.*, 2011, p. 28.

341 M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, pp. 177 et 183.

342 J. SIMON, *op. cit.*, 1993, pp. 130 et 174 à 176 ; M. LYNCH, *op. cit.*, 1998, pp. 855 et 856.

343 Ils se distinguent des risques ou facteurs statiques (exemple : l'âge, le sexe, les délits antérieurs) qui sont immuables et rendent par conséquent les réponses incapacitantes les plus séduisantes (K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic Needs and the Transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penality », *Punishment and Society*, 2005, 7, 1, pp. 29 à 51. K. HANNAH-MOFFAT. et M. SHAW, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *Criminologie*, 2001, 34, 1, pp. 47 à 72.).

344 T. GODDARD, « The indeterminacy of the risk factor prevention paradigm: A case study of community partnerships implementing youth and gang violence prevention policy », *Youth Justice*, 2014, pp. 3-21, cité dans K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic needs and Correctional Programming. Needle in a Haystack », *Criminology & Public Policy*, 2015, p. 116.

345 K. HANNAH-MOFFAT, *op. cit.*, 2005, p. 35.

pas pris en compte, au motif que « *If there is no solution, there is no problem* »[346]. Ceci revient à souligner que des facteurs environnementaux (par exemple, l'exploitation économique ou la vulnérabilité sociale) sortent de l'image explicative du crime, ce qui n'est politiquement pas neutre.

Une deuxième critique souligne, qu'au stade de leur utilisation, ces échelles se confrontent elles aussi aux limites de l'objectivité évaluatrice. Le rêve algorithmique est celui d'une lecture machinique et automatisée des données récoltées. On en est relativement loin ici : diverses variables « dynamiques » qu'il s'agit de « scorer » (« faible habileté sociale », « favorable au crime », « pourrait mieux gérer son temps », « aucun intérêt personnel », etc.) sont clairement sujettes à interprétation dans le chef de l'évaluateur-cocheur. L'évaluation actuarielle des risques n'échappe pas à cette part (irréductible ?) de subjectivité dans l'évaluation qu'elle se donnait pour mission d'éliminer.

Une troisième critique concerne la valeur prédictive ou la fiabilité des échelles de risque en regard de la trajectoire future d'un individu. Les risques et besoins identifiés (y compris ceux qui feront l'objet d'une intervention)[347] ne sont pas ceux qui émergent au terme d'un entretien singulier avec un individu, encore moins ceux que l'individu concerné percevrait ou identifierait lui-même. Il s'agit de facteurs prédéterminés, construits à partir de leur corrélation statistique avec les chiffres de récidive au sein de groupes de population. N'étant ni contextualisés, ni rapportés à l'individu lui-même, les « profils » sont peut-être susceptibles de fixer une loi générale, correcte en moyenne, mais rien ne garantit que cette loi soit pertinente en termes de prédiction dans le cas précis[348]. C'est tout l'écart qui sépare une personne de son « double numérique », ce qui amène certains à conclure « qu'il est impossible de traiter des individus de manière juste s'ils sont traités comme des abstractions, déconnectés de leurs contextes de vie spécifiques »[349].

Enfin, une quatrième critique souligne que le contexte d'adoption des techniques actuarielles traduit un certain désenchantement en matière de traitement des délinquants. En termes de projet social, elles symbolisent le passage d'un idéal de traitement des individus (*treatment*) à celui du traitement statistique de ces derniers (*processing*) à des fins d'optimisation fonctionnelle et de contrôle[350]. Certains y voient la marque d'une pénalité « post-correctionnelle », déshumanisée, plus soucieuse de gérer des stocks ou des déchets sociaux que de réinclure les délinquants dans un projet commun[351].

§ 7. Le retour d'une explication biologique du crime

Un siècle après le « criminel-né » de LOMBROSO resurgit un intérêt pour une explication biologique ou bio-sociologique du crime.

---

346 K. HANNAH-MOFFAT en conclut – non sans une pointe d'ironie – que « s'il n'y a pas de solution, alors il n'y a pas de problème » (*op. cit.*, 2005, p. 42).

347 Pour une présentation de ces interventions « cognitives », voy. D. ANDREW et J. BONTA, *Psychology of criminal conduct*, Andersen, Cincinnati, 1998 ; K. HANNAH-MOFFAT, *op. cit.*, 2005, p. 29 ; B. QUIRION, *op. cit*., p. 157. Les deux derniers auteurs développent une perspective critique.

348 La fiabilité prédictive de ces « méthodes quantitatives néo-positivistes » est aujourd'hui à son tour contestée ; V. GAUTRON et E. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, revue en ligne, 26 janvier 2015, pp. 1-20.

349 K. HANNAH-MOFFAT, « Gridlock or mutability: Reconsidering "gender" and risk assesment », *Criminology & Public Policy*, 2009, p. 215.

350 J. SIMON, *op. cit.*, 1988, p. 772 ; J. SIMON, *op. cit.*, 1993, p. 172.

351 Z. BAUMAN, "Social issues of Lawand Order", *British Journal of Criminology*, 2000, pp. 205-221.

LOMBROSO, avec le thème du « criminel-né » qui lui est cher, peut être considéré comme le père de la bio-criminologie. Son influence sera déterminante jusqu'à la Première Guerre mondiale. Le psychiatre-criminologue est reconnu, ses théories sur le criminel-né étudiées et discutées, en Europe et aux États-Unis. Puis, vient le déclin, devant l'absence de fondements scientifiques de ses théories, et le relais pris en Europe par une criminologie plus sociologique. Dans l'entre-deux-guerres, l'intuition de Lombroso connaît toutefois un regain de faveur en Allemagne où les associations entre criminalité et anormalité, criminalité et dégénérescence, criminalité et hérédité, continuent à survivre. Une « criminologie biologique » émerge dans le cadre du projet nazi, laquelle soutient l'existence de « types criminogènes », soit l'existence de natures inférieures qui, mises dans certaines conditions, produisent le criminel.

Après la Deuxième Guerre mondiale, ce type d'approche a été très largement renvoyé aux oubliettes pour deux raisons. D'une part, l'essor du paradigme de la réaction sociale (*cf. supra*) oriente la pensée pénale et criminologique vers une approche plus sociologique, centrée sur le fonctionnement du système pénal et non plus sur le criminel et l'explication de son passage à l'acte. D'autre part, le développement de la bio-criminologie nazie, qualifiée de « période la plus noire de la criminologie »[352], contribue à disqualifier ce type d'approche essentialiste.

Cependant, la « bio-criminologie » ou « criminologie biosociale »[353] change lentement de statut à partir des années 1980. Certains, aux États-Unis, estiment qu'il faut en finir avec le « tabou » imposé par l'expérience nazie. Ils rejettent également le « diktat » imposé par les approches constructivistes du crime qui imposent une lecture sociologique de la déviance au détriment des approches bio-sociales[354]. On assiste dès lors à un regain d'intérêt, même s'il reste timide, pour les fondements biologiques des comportements sociaux que la fascination pour la délinquance sexuelle vient alimenter. La tentation de « localiser la bête dans l'homme » réapparaît comme explication simple et rassurante qui conduit, dans une perspective déterministe, à « biologiser » ou à « médicaliser » le problème social complexe de la délinquance[355].

Ceci se traduit par le retour d'une lecture neuronale du crime et le recours aux expertises neuroscientifiques en justice pénale[356], sur fond d'un débat qui relance la très vieille querelle entre partisans du déterminisme (génétique) et tenants du libre arbitre et de la responsabilité. En arrière-fond se dessine aussi un questionnement sur la compatibilité entre ce type d'explication biologique du criminel par la science et les catégories de l'État de droit.

De manière incidente (mais pas anecdotique pour autant), on soulignera que, comme à la fin du XIX^{e} siècle, cette discussion pénale s'alimente d'un débat qui se déploie dans le champ connexe de la santé mentale. Ici, un courant dominé par des psychologues cognitivo-comportementaux, se réclamant parfois de l'héritage lombrosien, réhabilite l'idée qu'il y aurait des individus prédisposés à la déviance ou à la commission d'« actes antisociaux » que l'on pourrait détecter en prenant appui sur les neurosciences[357]. Aux antipodes d'une approche constructiviste de la déviance, resurgit ici le fil lombrosien d'une « criminologie de

---

[352] N. RAFTER, « Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany », *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2008, pp. 287-306.

[353] J. LARREGUE, « La criminologie biosociale à l'aune de la théorie du champ. Ressources et stratégies d'un courant dominé de la criminologie états-unienne », *Déviance &Société*, 2017, pp. 167-199.

[354] R.A. WRIGHT et J.M. MILLER, « Taboo until today? The coverage of biological arguments in criminology textbooks, 1961 to 1970 and 1987 to 1996 », *Journal of Criminal Justice,* 1998, pp. 1-19.

[355] Y. CARTUYVELS, « Troubles de conduite et déviance : des amours en eaux troubles », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 33 et s.

[356] Voy., par exemple, P. LARIEU, *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, Paris, L'Harmattan, 2015.

[357] Voy. les débats suscités en France par un rapport de l'INSERM consacré au dépistage des troubles de conduites chez les enfants de zéro à trois ans, INSERM, *Les troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent*, Paris, Éditions de l'INSERM, 2005.

l'Autre »[358], postulant l'existence de crimes par nature et de criminels dotés par essence d'une « personnalité antisociale »[359].

§ 8. Conclusion

Ce regard sur le trajet de la pensée pénale depuis le XVIIIe siècle jusqu'à nos jours fait apparaître à la fois des éléments de continuité et des points de rupture, des déplacements et des formes de circularité dans la manière d'aborder la question pénale et de reconstruire son objet d'études. De l'acte criminel à l'individu criminel ; de l'individu criminel vers la société à laquelle il appartient ; de la société perçue comme un ensemble aux acteurs qui en son sein participent aux processus de criminalisation et de création de la déviance ; des acteurs de la réaction sociale aux victimes de l'infraction pénale ; des victimes aux profils à risques criminels, voire au retour de l'individu dangereux déterminé. Évolutions et déplacements certes, mais aussi boucles étranges et métamorphoses, au sens d'un retour du même sous des formes différentes.

Aujourd'hui, ces différentes pensées sur le crime tendent à se combiner plus qu'à se remplacer, dans un *patchwork* éclectique d'influences diverses. Elles exercent toutes une influence et contribuent ainsi à l'émergence d'une pénalité multiple, parfois qualifiée de « volatile et contradictoire »[360].

Section 2. La généalogie du droit positif

Il est impossible ici de refaire l'histoire du droit pénal ou de la procédure pénale. On se contentera de rappeler les grandes étapes qui ont jalonné la création de notre droit pénal contemporain depuis le XVIIIe siècle.

§ 1. Les textes fondateurs : le Code pénal révolutionnaire (1791) et le Code pénal Napoléon (1810)

A. Le Code pénal révolutionnaire de 1791

Le 22 mai 1791, aux lendemains de la Révolution française, un *Rapport sur le projet de Code pénal* est présenté à l'Assemblée Constituante, au nom des comités de constitution et de législation criminelle, par Michel LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU (1760-1793)[361]. Ce texte, essentiel[362], situe le code en projet dans le « chaos » des anciennes institutions et développe, principalement en ce qui concerne les peines, la « théorie du nouveau système pénal » qui se fonde très largement sur les travaux des réformateurs et les idées de BECCARIA[363]. Le *Code pénal* est adopté le 6 octobre 1791.

---

358 D. GARLAND, *A culture of control, op. cit*.

359 Pour une approche critique, voy. J. ENGLEBERT et Ch. ADAM, « La "personnalité sociale", antithèse de la psychopathologie », *Déviance & Société*, 2017, pp. 3-28.

360 P. O'MALLEY, "Volatile and Contradictory Punishment", *Theoretical Criminology*, 1999, pp. 175-196.

361 Voy. F. LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, *Œuvres de Michel Lepeletier de Saint-Fargeau, avec une notice sur la vie et divers documents historiques*, 2e éd., Bruxelles, 1834; S. PLAWSKI, « Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du projet de Code pénal de 1791 », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 619 et s.

362 Il est reproduit dans P. LASCOUMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, *op. cit.*, pp. 327-353.

363 *Rapport sur le projet de Code pénal*, par M. LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, *ibid.*, pp. 327, 329.

La première partie, *Des condamnations*, porte sur les différentes peines, peines principales (la peine de mort, l'enfermement, le déshonneur, les travaux forcés publics) et peines accessoires (déchéance, interdiction, déportation). Les peines sont égales, personnelles, temporaires et les peines corporelles ont disparu. La seconde partie, *Des crimes et de leur punition*, définit les infractions[364] et détermine les peines applicables. Celles-ci sont fixes à la fois dans leur nature et dans leur durée[365], obéissant ainsi strictement au principe de légalité. La peine de mort, largement discutée, est en définitive maintenue[366]. Quant à l'emprisonnement, qui deviendra au XIXe siècle l'archétype de la peine moderne et de la peine « douce », il s'installe dans le système pénal.

À travers le mouvement des idées et des faits qui l'ont produit, ce premier Code pénal est profondément symbolique. Il traduit, tant par sa forme que par ses dispositions, une rupture radicale avec le droit pénal de l'Ancien Régime et pose les fondements du droit pénal moderne qui, aujourd'hui encore, gouvernent très largement la répression. Les postulats de ce que l'on appelle le *droit pénal classique* se mettent progressivement en place. Ainsi, le *libre-arbitre* est-il la condition générale de toute responsabilité[367]. Le délinquant n'est, dès lors, ni « un monstre ni un malade »[368], mais le violateur lucide du pacte social. La peine, qui est la conséquence légale du délit, est le signe de cette liberté du citoyen. Par ailleurs, l'*utilité* est le principe et la mesure de la peine.

B. Le Code pénal Napoléon de 1810

À l'aube du XIX[e] siècle, l'après-révolution a commencé. Les jurisconsultes de Bonaparte reprennent l'entreprise de la codification et celle-ci se déroulera de 1801 à 1810. Pour ses auteurs, le passage s'opère de l'idéalisme au réalisme, de l'utopie au pragmatisme, de l'humanité à la sécurité. L'état d'esprit est « de stabiliser certains acquis de la Révolution tout en garantissant le rétablissement d'un ordre »[369].

En regard du texte précédent, l'option est sécuritaire. Peu de référence aux théories pénales réformatrices de la fin du XVIII[e] siècle sont faites dans un projet de réforme qui met surtout l'accent sur le maintien de l'ordre : « Chaque jour cependant, la société doit être conservée; et à des calamités présentes, il faut opposer des remèdes rapides: tel est le but des lois criminelles et du Code pénal »[370].

---

364 Voy. L'analyse de la rationalité de ces incriminations qui révèle la nature des intérêts protégés, *ibid.*, pp. 75-84, et la typologie proposée, pp. 321-322. Notons que le Code pénal comporte 150 crimes tandis que la loi de police municipale et correctionnelle comporte 47 infractions.

365 Contrairement à ce que l'on pense généralement, ce sont les peines en matière criminelle qui sont fixes. En matière correctionnelle, seule la durée maximale de l'enfermement est fixée tandis que l'amende est soumise à différents modes de fixation (*ibid.*, p. 72).

366 R. BADINTER, « Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française », in CENTRO NATIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, *op. cit.*, pp. 36 et s.; P. PONCELA, « L'acteur social-citoyen: premiers et derniers mots sur l'abolition de la peine de mort », *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale*, *op. cit.*, pp. 207 et s.

367 Selon R. MERLE et A. VITU, les pénalistes de l'Ancien Régime se fondaient également sur l'homme capable de raison, capable de distinguer le bien et le mal (*Traité de droit criminel*, 6[e] éd., t. I, *op. cit.*, pp. 114-115, n° 65). Il s'agit de la notion philosophique du libre arbitre qui s'identifie avec la liberté humaine; voy. *infra*, § 4. Le Code pénal belge de 1867, A. Les prémisses, 3. Le droit pénal néoclassique: la notion persiste, mais dans sa dimension religieuse, dans le droit néoclassique.

368 *Ibid*.

369 *Ibid.*, p. 213.

370 J.B. TARGET, « Observations sur le projet de Code criminel », *op. cit.*, p. 7.

Largement influencé par BENTHAM[371], le Code de 1810 est marqué par une philosophie utilitariste, sans oublier la dimension rétributive inspirée des doctrines de KANT[372]. Il en résulte un texte plus sévère et rigoureux, notamment sur le plan des peines, même si le texte (ré)introduit un système de peines flexibles avec, pour chaque infraction, un minimum et un maximum légalement fixés. Centré essentiellement sur la question des incriminations et des peines, le texte est moins développé en ce qui concerne les principes généraux du droit pénal ou les règles portant par exemple sur la participation criminelle, les excuses ou les causes de justification qui sont réglées de manière plus incidente.

§ 2. Le Code pénal belge de 1867 : une œuvre néoclassique

Si, historiquement, l'entreprise de la codification est liée soit à un moment révolutionnaire, comme en 1791, soit à un régime politique fort, comme en 1810, elle est également étroitement liée à l'avènement des nationalités. Le Code pénal belge s'inscrit dans cette perspective même si, comme nous le verrons, il est essentiellement porté par un courant doctrinal.

A. Les prémisses

1. La période hollandaise (1814-1830)

Suite au traité de Vienne en 1815, la Belgique est réunie aux Provinces-Unies[373] ou se trouvait appliqué le Code pénal Napoléon de 1810. L'article 163 de la loi fondamentale du Royaume des Pays-Bas du 24 août 1815 prescrit très vite la rédaction de codes nouveaux[374], car Guillaume I[er] voyait dans un code national (en fait, typiquement néerlandais), le moyen d'assurer l'union entre les nouvelles provinces réunies[375]. En 1827, le gouvernement hollandais transmettra aux Etats généraux un projet de Code pénal[376], qui suscitera dans les provinces du Sud (Belgique) une opposition unanime. Ce texte, qualifié de « hideux », fut abandonné en 1828[377]. Sur le plan législatif, on retiendra de cette période les arrêtés du prince souverain du 9 septembre 1814 et du 20 janvier 1815 qui instaurent (avant la loi française de 1832), un système de circonstances atténuantes[378].

2. La Constitution de 1831 et la révision des codes

À l'indépendance, le Code pénal de Napoléon reste d'application en Belgique. Toutefois, la *Constitution* du 7 février 1831, qui contient d'importantes dispositions en matière pénale[379],

---

371 Voy. P. PONCELA, « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », *La peine, quel avenir?*, Paris, Le Cerf, 1983, pp. 51 et s.

372 Pour Emmanuel KANT, la peine est un impératif catégorique écrit dans la conscience. Il faut que justice se fasse parce qu'il existe une loi morale supérieure qui exige que le crime ne reste reprend l'idée de l'expiation morale (*punitur quia peccatum est*) et de la souffrance qui justifie le retour des peines perpétuelles et des châtiments corporels.

373 *Pasin.*, 1814-1815, p. 199.

374 *Pasin.*, 1815, p. 333. Notons que l'article 171 abroge la peine de confiscation générale (*Ibid.*, p. 340).

375 J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1867, Introduction, pp. II-III: « Le gouvernement voulait asseoir le nouveau royaume sur une base solide, et il pensait, non sans raison, que l'introduction immédiate d'une législation nationale uniforme serait un lien puissant entre les diverses provinces ».

376 *Ontwerp-Wetboek van strafrecht*, Verslag der handelingen van de tweede kamer der Staten-generaal gedurende de zitting van 1826-1827, gehouden te Brussel, van 16 oktober 1826 tot 8 mei 1827, 1ste deel, n° XXIII.

377 J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge, t. 1[er], op. cit*., pp. III et IV.

378 Arrêté du prince souverain du 9 septembre 1814 autorisant les cours à atténuer les peines de réclusions portées par le Code pénal (*Pasin.*, 1814-1815, p. 257) et arrêté du prince souverain du 20 janvier 1815 qui autorise les cours à commuer la peine des travaux forcés en celle de la détention, et à exempter de l'exposition publique (*Ibid.*, p. 455).

379 Voy. E. HUYTTENS, *Discussions du congrès national de Belgique*, t. II, Bruxelles, Adolphe Wahlen, 1844, p. 484.

prescrit en son article 139, 11° la révision des codes, dont le Code pénal, « dans le délai le plus bref ».

Le 1er août 1834, le ministre de la Justice LEBEAU présente à la Chambre des représentants un *projet de loi portant réforme du Code pénal de 1810*[380]. Cette réforme incomplète, très largement inspirée par la loi française du 28 avril 1832 sur les circonstances atténuantes, ne fut pas discutée. Les observations critiques de J.J. HAUS contribueront largement à enterrer le texte[381], tout en posant les balises du futur Code pénal belge de 1867.

B. L'influence de la pensée pénale néo-classique et le Code pénal de 1867

En France, la doctrine pénale est dominée dès le début du XIXe siècle par l'Ecole néo-classique, représentée par GUIZOT (1787-1874)[382] et surtout par Pelegrino ROSSI[383]. Associant à l'objectif d'utilité sociale promu par le Code pénal Napoléon un idéal de justice morale, l'école néo-classique cherche à rééquilibrer le curseur entre les inspirations de BENTHAM et de KANT. La volonté est aussi de lutter contre l'excessive sévérité du Code pénal Napoléon, laquelle a aussi pour effet de favoriser l'ineffectivité de peines jugées trop sévères.

La volonté réformiste est incarnée par une loi du 28 avril 1832 portant révision du Code pénal qui réalise deux réformes significatives portant seulement – et à dessein – sur le régime des peines[384]. D'une part, elle supprime les supplices (carcan, marque, etc.), vestiges d'une pénalité sur le corps maintenue en 1810; d'autre part, elle tempère la rigueur des pénalités, en généralisant à toutes les catégories d'infractions le système des circonstances atténuantes. L'*individualisation* de la peine s'inscrit dans les textes[385]. On soulignera encore que la pensée pénale néoclassique est aussi marquée par le développement de la *technique juridique*. Un accent plus important sera mis sur les principes généraux du droit pénal, ce dont témoigneront les nombreuses codifications pénales réalisées en Europe au XIXe siècle[386]. Le Code pénal italien de 1899 (le *Code Zanardelli*) est le plus significatif de cette volonté de perfection législative.

En Belgique, J.J. HAUS et J.S.G. NYPELS sont des représentants de cette école[387]. Chargé de préparer les avant-projets et de rédiger les exposés des motifs, HAUS notamment va jouer un rôle quasiment exclusif dans l'élaboration du Code pénal de 1867. Il en résultera une très grande personnalisation du code, que certains voulaient déjà à l'époque appeler le *Code Haus*, témoignant ainsi de la dimension essentiellement doctrinale de l'œuvre[388]. Sur le plan pénal,

---

380 *Doc. parl.*, Chambre, 1833-1834, 1 vol., 281 p. La commission LEBEAU était composée de CRUTS, PLAISANT, LECLERCQ, DE FEMELMONT et DE VISSCHER (rapporteur).

381 *Cf.* J.J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du Code pénal présenté aux chambres belges; suivies d'un nouveau projet*, 3 parties, Gand, L. De Busscher-Braeckman, 1835-1836. Le « Discours préliminaire » publié dans la première partie (pp. 1 à 40) est un exposé historique sur l'évolution du droit pénal, notamment dans les Pays-Bas autrichiens avant leur réunion à la France (pp. 9 à 20).

382 Fr. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique. De la peine de mort en matière politique*, Paris, Sautelet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1822, repr., Paris, Fayard, 1984.

383 P. ROSSI, *Traité de droit pénal, op. cit*.

384 A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif ; commentaires sur la loi modificative du Code pénal*, Paris, rue Coquellière, 27, 1832.

385 M. FOUCAULT décèle dans cette loi la première déviation par rapport à la perfection de l'équation classique: « Sous le nom de crimes et de délits, on juge bien toujours des objets juridiques définis par le Code mais on juge en même temps des passions, des instincts, des anomalies, des infirmités, des inadaptations, des effets du milieu ou de l'hérédité; on punit des agressions mais à travers elles des agressivités, des viols mais en même temps des perversions, des meurtres qui sont aussi des pulsions et des désirs » (*Surveiller et punir*, *op. cit.*, pp. 22-23); voy. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, *op. cit.*

386 En Espagne de 1822 à 1870; en Russie en 1845; au Portugal en 1852 et 1886; dans les pays scandinaves en 1842, 1864 et 1866; en Autriche en 1852; en Belgique en 1867; en Allemagne en 1870; aux Pays-Bas en 1881.

387 Voy. *infra*, B. La genèse du texte.

388 *Cf.* la nécrologie de HAUS dans la *Belgique Judiciaire*, t. 39, 13 mars 1881, col. 336. Voy. aussi J. DE BROUWER, « Jacques-Joseph Haus et l'esprit de la réforme du Code pénal de 1810 », *J.T.*, n° 6413, 2010, pp. 646 et s.

HAUS se réclame du juriste Pelegrino ROSSI qu'il cite fréquemment et s'oppose radicalement à la doctrine utilitariste de BENTHAM qui a fondé les principes du Code pénal de 1810[389]. Représentant exemplaire de l'école néoclassique[390], HAUS place au centre de sa pensée la notion d'expiation et son corollaire, l'amendement. Pour lui, « le principe de l'expiation et celui de l'intérêt public constituent les deux éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine sociale"[391]. J.J. HAUS s'oppose, en quelque sorte par anticipation, à la doctrine de la défense sociale qui commence à apparaître en Belgique, notamment avec A. PRINS[392].

Très largement rédigé par J.J. HAUS, le Code pénal entre en vigueur le 15 octobre 1867[393]. Œuvre de réforme, le Code pénal de 1867 vise moins à créer un nouveau code pénal qu'à réformer l'ancien. Selon les termes de HAUS, il ne s'agit que « d'une *révision* de notre législation pénale, et non d'un code entièrement nouveau. Ce serait une folie de renverser le Code pénal de fond en comble et de le remplacer par un système tout différent, pour le plaisir seul de créer une législation nationale ». Il n'est donc pas question de « bouleverser... notre système pénal mais seulement d'en corriger les parties défectueuses et d'en combler les lacunes »[394]. Les modifications introduites concerneront surtout le droit pénal général qui, comme nous l'avons vu, avait été peu traité dans les textes antérieurs (la tentative, le concours, la participation criminelle, etc.). Elles témoignent d'une grande qualité technique. En ce qui concerne les infractions, beaucoup de qualifications ont été maintenues mais les peines ont été diminuées"[395].

§ 3. Le droit pénal et la défense sociale

À peine le Code de 1867 était-il formulé que s'inscrivait dans le droit pénal un tout autre « discours de vérité »[396]. Le « krach » de la répression secoue et inquiète l'Europe de la fin du XIX^{e} siècle. Les caractères du droit pénal, son juridisme, son abstraction, conçus autrefois comme des garanties de la liberté individuelle, apparaissent comme les raisons de l'inefficacité de la lutte contre la délinquance. Dans son étude de 1886, *Criminalité et répression*, A. PRINS situe bien la nature de la réaction : « Les classifications exagérées, les subdivisions minutieuses qui veulent saisir les moindres nuances et s'occuper des plus petits détails forment un engrenage inextricable... Et pendant que les magistrats, livrés à de véritables opérations d'arithmétique, se perdent au milieu de calculs compliqués, d'un fouillis de dénominations légales et de distinctions d'école, ils doivent nécessairement oublier et le

---

389 Critiquant le Code pénal de 1810, J.J. HAUS estime : « C'est la base sur laquelle repose le Code pénal qui est vicieuse. Cette base est l'utilité, la seule utilité ; quant à la justice, elle est foulée aux pieds » (*Observations sur le projet de révision du Code pénal présenté aux chambres belges; suivies d'un nouveau projet*, *op. cit.*, première partie, p. 25). Il s'en prend sévèrement à ce passage de TARGET : « C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime... La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent » (*Ibid.*, pp. 25-26 ; J.B. TARGET, « Observations sur le projet de Code criminel », in J.G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et compléments des codes français*, *op. cit.*, p. 8). Que ce soit le danger et non la perversité qui constitue la mesure du crime lui paraît une « théorie funeste ».

390 *Cf. supra*, A. Les prémisses, 3. Le droit pénal néoclassique.

391 R. WARLOMONT, « J.J. Haus », *op. cit.*, p. 310.

392 Voy. *infra*, § 5. Le droit pénal et la défense sociale.

393 L'arrêté royal du 14 novembre 1926 publie une traduction officielle du Code en langue néerlandaise mais celle-ci n'a pas la valeur authentique du texte original en français. Il faudra attendre la loi du 10 juillet 1964 pour que la version flamande officielle du Code pénal de 1867 soit approuvée.

394 *Ibid.*, n° 15, p. 23.

395 A. DELEBECQUE, *Les codes en vigueur en Belgique avec les modifications introduites de 1814 à 1882*, Bruxelles-Liège, Librairies Polytechniques De Decq, 1882. Sur l'évolution du régime des peines entre le Code pénal de 1810 et celui de 1867, voy. M. VAN DE KERCHOVE, « La peine, de 1810 à 1867, entre changement et continuité », *J.T.*, 2010, n° 6413, pp. 677 et s.

396 *Cf.* M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 20 : « Un ensemble aussi prescriptif que le système pénal cherche ses assises dans un savoir sociologique, psychologique, médical, psychiatrique : comme si la parole même de la loi ne pouvait plus être autorisée, dans notre société, que par un discours de vérité ».

caractère social de leurs fonctions et le caractère objectif de la peine. Le droit, reflet puissant de la réalité vivante, devient ainsi une scolastique vide et stérile »[397].

A. La révolte positiviste

C'est dans ce creux que va s'infiltrer l'influence de la doctrine positiviste italienne[398]. Quels sont les postulats de cette doctrine ? Alors que le délinquant classique est politiquement ou moralement libre, l'*homo criminalis* de l'école criminelle positive est socialement ou biologiquement déterminé. La notion de responsabilité, fondée sur le libre-arbitre, constitue une entrave à la protection de la société qui est la fonction assignée au droit pénal. Celui-ci doit, dans cette perspective, intervenir sur base du critère de l'état dangereux. L'infraction n'est dès lors pas un fait juridique abstrait mais un fait humain et social naturel qu'il importe d'examiner non pas objectivement en droit, mais subjectivement par rapport à la personnalité concrète de son auteur. Les peines doivent, quant à elles, être à la fois préventives et défensives.

B. L'Union internationale de droit pénal

L'influence des idées positivistes va se « fondre » dans les systèmes juridiques et le droit pénal de nombreux pays d'Europe occidentale par l'Union internationale de droit pénal[399], fondée à Berlin en 1889 par l'Allemand Fr. VON LISZT (1851-1919)[400] le Hollandais G. VAN HAMEL (1842-1917)[401] et le Belge A. PRINS (1845-1919)[402]. Cette création marque aussi le développement du droit pénal comparé en manière telle que les initiatives législatives qui sont désormais prises en Belgique participent à une sorte de droit pénal commun à l'Europe de la défense sociale.

C. Adolphe Prins, réformateur en Belgique

Au niveau national, les théories positivistes vont être « reçues » dans le champ pénal par l'intermédiaire de la défense sociale[403]. En Belgique, cette doctrine se construit dans l'œuvre d'Adolphe PRINS[688]. Empruntant à l'école positive le principe du déterminisme et la notion d'état dangereux, Prins souligne que la priorité du droit pénal c'est la défense de la société contre le crime ou « à travers la diversité des formes juridiques, … le maintien de l'ordre »[404].

Sur le plan législatif, Prins sera à l'origine de lois complémentaires du Code pénal, qui traduisent les orientations de la défense sociale et qui s'écartent, dans leurs principes, des fondements du droit pénal classique. On citera ici la *loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal*, destinée

---

397 A. PRINS, *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles-Leipzig, Librairie européenne C. Muquardt, Merzbach et Falk, 1886, pp. 86-87.

398 Voy. *supra*, Section 1. Points de repère de la pensée pénale.

399 « Le centenaire de l'Union/Association internationale de droit pénal », *Rev. int. dr. pén.*, 1990, pp. 27-353; J. SACE, « L'Union internationale de droit pénal », *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, L'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques*, *op. cit.*, pp. 45 et s.

400 *Cf.* A. DE NAUW, « A propos de la vie et de l'œuvre de von Liszt: la notion d'antijuridicité matérielle et le droit pénal belge », *ibid.*, pp. 93 et s.

401 *Cf.* C. ELIAERTS, « La vie et l'œuvre de Van Hamel », *ibid.*, pp. 69 et s.

402 R. BEAUTHIER et J. VANDERLINDEN, « Prins et l'histoire du droit pénal », *ibid.*, pp. 221 et s.; voy. aussi *infra*, C. Adolphe Prins, réformateur en Belgique.

403 Sur le plan pénitentiaire, c'est Louis VERVAECK, médecin à l'administration des prisons, qui sera le pionnier de l'introduction des idées de l'école criminelle positive. Il était surnommé le LOMBROSO belge.

404 A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal, op. cit*., p. 55.

à « enrayer le péril moral et social de la récidive » ; la *loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité* qui organise un internement de sûreté en vue de la réadaptation[405] ; un projet de loi du 10 octobre 1889 sur la protection de l'enfance qui deviendra la *loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance* ou encore la *loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude*[406]. Ces lois s'articulent autour des notions de diagnostic et de danger, de traitement et de protection, d'adaptation et de réhabilitation, de mesure et de durée indéterminée. Elle fait une place plus importante à l'état (dangereux) de la personne qu'à la gravité de son acte pour orienter sa trajectoire pénale.

D. La défense sociale nouvelle

Après la Seconde Guerre mondiale, l'influence de la *défense sociale nouvelle*, qui se développe sur le plan international, se fait sentir dans la pensée et la pratique pénales en Belgique. Ce mouvement introduit une nouvelle conciliation. D'un côté, il se situe dans la filiation de la défense sociale originaire, en ce qu'il recherche les moyens pratiques de lutter contre la criminalité et de protéger la société; le droit criminel est chargé de réaliser ce devoir de l'Etat. D'un autre côté, il s'en sépare en ce qu'il entend se conformer à la conscience sociale et assurer d'abord le respect des valeurs humaines et des droits de l'homme, sur la base du principe de la légalité.

En d'autres termes, le courant de la défense sociale se veut plus humaniste, comme le souligne le titre de l'ouvrage de Marc ANCEL publié en 1954 : *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*[407]. L'accent est mis sur la resocialisation et la réintégration des délinquants, sur fond d'une conception optimiste de l'homme. La réforme de la loi sur les anormaux mentaux en 1964 et de celle relative à la protection de la jeunesse en 1965 ainsi que l'adoption de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation – qui est également une loi complémentaire du Code pénal – s'inscrivent dans cette orientation.

§ 4. L'entreprise de réforme du Code pénal

Si, sur le plan doctrinal, le fait marquant de la fin des années 1960 et du début des années 1970 est la réflexion sur les « frontières de la répression »[408], engagée dans le contexte

---

405 Voy. W. DEPREEUW, *Landlopers, bedelaars en thuislozen. Een socio-historische analyse van repressie, bijstand en instellingen*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988. La loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire (*M.B.*, 4 février 1993) abroge les articles 342 à 347 du Code pénal relatifs aux délits contre la sécurité publique commis par des vagabonds ou des mendiants (art. 26) ainsi que la loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité (art. 27).

406 M. VAN DE KERCHOVE, « L'organisation d'asiles spéciaux pour aliénés criminels et aliénés dangereux. Aux sources de la loi de défense sociale », *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, *op. cit.*, pp. 113 et s. ; J. GOETHALS, « Krankzinnigheid en delinquentie anno 1900. Problemen en oplossingen als aanloop naar de wet ter bescherming van de maatschappij », *Panopticon*, 1990, pp. 369 et s.; F. SENCIE, « Prins et la loi belge de défense sociale », *Cent ans de criminologie à l'U.L.B.*, *op. cit.*, pp. 141 et s. La loi du 9 avril 1930 a été remplacée par la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude. Sur l'histoire et la pratique de cette législation, voy. J. GOETHALS, *Abnormaal en Delinkwent. De geschiedenis en het actueel functioneren van de wet tot bescherming van de maatschappij*, Anvers-Arnhem, Kluwer rechtswetenschappen-Gouda Quint, 1991.

407 M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3e éd., Paris, Cujas, 1981. La position de F. GRAMATICA est plus radicale en ce qu'il substitue la défense sociale au droit pénal: l'objectif de l'amélioration de l'individu doit permettre toutes les mesures d'intervention sociales, appliquées à tous les sujets inadaptés (*Principi di difesa sociale*, Padoue, Cedam, 1961, trad. fr. Paris, Cujas, 1964). La Société internationale de défense sociale est fondée en 1949 et elle adopte, en 1954, un « Programme minimum » (*Rev. sc. crim.*, 1954, pp. 807-809 et 1955, pp. 562-568) qui fait l'objet d'un addendum par M. ANCEL en 1984 (voy. *Cahiers de défense sociale*, 1988, pp. 197-192).

408 *Les frontières de la répression*, Actes du colloque international organisé par l'Université libre de Bruxelles sous la direction de R. LEGROS, 2 t., Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974.

international de la question de la décriminalisation et de la dépénalisation[409], la fin de la décennie verra la mise en chantier des travaux de réforme des codes. La plupart des réformes n'aboutiront pas, mais la fin du 20ème siècle et le début du 21ème siècle connaîtront une activité législative intense alimentée, pour l'essentiel par l'exécution des engagements européens et internationaux de la Belgique[410] et par la survenance d'événements exceptionnels tels que l'« affaire Dutroux » ou les attentats terroristes dont les retombées législatives ont été extrêmement importantes[411]. Au cours de la législature 2014-2019 , deux projets de réforme du droit pénal et de la procédure pénale ont été discutés au sein du gouvernement, sans toutefois aboutir.

A. La réforme du Code pénal dans les années 1970

Le texte fondateur est l'*arrêté royal du 6 avril 1976* portant création d'une commission pour la révision du Code pénal, dont la mission est de faire rapport sur les orientations de la réforme et de présenter, ensuite, au ministre de la Justice, un « avant-projet de loi contenant un nouveau Code pénal ainsi que les autres modifications législatives que la réforme proposée rendrait nécessaires » (art. 2). Le *Rapport au Roi*, qui indique les intentions de la réforme, évoque deux ordres de préoccupations: d'une part, les transformations des conditions matérielles et humaines de la vie qui « ont modifié les données de la lutte contre la délinquance »; d'autre part, l'existence de certains comportements nouveaux qui « menacent la sécurité et inquiètent l'opinion ». A cet effet, la recherche de voies nouvelles de répression entend mieux protéger les droits essentiels des individus et de la collectivité et concilier, dans une action de défense sociale, « les exigences de l'efficacité et de l'humanité »[412]. Le *Rapport sur les principales orientations de la réforme* présenté par la commission pour la révision du Code pénal en juin 1979[413] suscita diverses observations et analyses[414].

L'*arrêté royal du 8 avril 1983* nomma un commissaire royal (M.R. LEGROS, professeur à l'Université libre de Bruxelles et premier président de la Cour de cassation) et un commissaire royal adjoint (M.J. D'HAENENS, professeur à la Rijksuniversiteit Gent, conseiller à la Cour de cassation et président de la commission de révision du Code pénal) à la réforme du Code pénal. L'arrêté royal précise que l'avant-projet comprendra la partie générale du droit pénal (art. 1er à 100) ainsi que les propositions nécessaires pour permettre une application de cette partie générale, sans attendre que la réforme du droit pénal spécial soit achevée. Le 28 janvier 1986, le ministre de la Justice rend public l'*Avant-projet du Code pénal* de M.R. LEGROS, en

---

409 M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis, op. cit*.; Fr. TULKENS, *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux Etats-Unis à la fin des années 1960 (1975)*, Louvain-la-Neuve, Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail, 17/1, 1987.

410 *Cf. infra,* Chapitre II. Le droit pénal, Section 4. Les sources du droit pénal, § 2. Une légalité élargie.

411 *Cf.*, notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Les réactions législatives aux disparitions d'enfants. « L'affaire Dutroux », paradigme de l'accélération du temps juridique ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 1075 et s.; « Les mouvements législatifs consécutifs aux affaires de délinquance sexuelle », *Sexe et normes*, sous la direction de Ch. ADAM, D. DE FRAENE, Ph. MARY, C. NAGELS et S. SMEETS, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 19 et s. ; D. BIGO., *L'impossible cartographie du terrorisme*, *in Culture et Conflits*, URL : http://conflits.revues.org/1149; K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT, *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001,* Pedone, Paris ; F. DUBUISSON, « La définition du « terrorisme » : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Confluences Méditerranée*, 2017/3 (N° 102), p. 29-45 ; L. HENNEBEEL et D. VANDERMEERSCH D. (dir.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 17-54.

412 *Pasin.*, 1976, p. 735.

413 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Moniteur, 1979.

414 AFDELING STRAFRECHT, STRAFVORDERING EN CRIMINOLOGIE VAN DE RECHTSFACULTEIT (K.U.L.), « Open brief aan de Minister van Justitie over de hervorming van het strafrecht », *Panopticon*, 1980, pp. 317 et s.; Fr. TULKENS, « Aspects particuliers de la réforme du droit pénal », *Ann. Dr.*, 1983, pp. 13 et s.; Fr. TULKENS, « La réforme du Code pénal en Belgique. Question critique », *Déviance et société*, 1983, pp. 197 et s.

annonçant qu'il procédera à une très vaste consultation au sujet des réformes proposées[415]. L'énoncé des articles est suivi d'un exposé des motifs qui constitue une contribution doctrinale significative[416].

En 1986, la commission pour la révision du Code pénal dépose à son tour ses observations sur le texte du commissaire royal[417], et, en septembre de la même année, un *comité de rédaction* est chargé de déposer un projet de Code pénal. Si le projet de Code pénal n'a jamais vu le jour et a suscité un certain scepticisme[418], certaines réformes s'en inspirent comme la loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines ou la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles.

B. La réforme du Code pénal aujourd'hui

Le chantier de la réforme du droit pénal fut relancé en 2014, sous la 54e législature, lorsque le gouvernement annonça une réforme et une modernisation de la matière pénale. Le ministre de la Justice, Koen GEENS, détaillé dans son « plan justice » ses projets en vue de réformer le droit pénal, la procédure pénale et l'exécution des peines[419].

En ce qui concerne le droit pénal, le souhait est de le réformer afin que celui-ci gagne en clarté et en cohérence. À cette fin, « une commission à composition multidisciplinaire, comprenant notamment des magistrats, des avocats et des membres du monde académique » est créée par arrêté ministériel du 30 octobre 2015[420]. Composée de Joëlle ROZIE, professeure à l'Université d'Anvers, et de Damien VANDERMEERSCH, avocat général à la Cour de cassation et professeur à l'UCLouvain et l'USL-B, elle a élaboré, en octobre 2016, une proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal[421]. Selon les termes du ministre de la Justice, cette œuvre constitue « un instrument cohérent, précis et à la fois simple qui permettra au juge et au ministère public de mieux concilier le droit, la justice et l'efficience »[422].

Les travaux de la Commission ont été approuvés le 20 janvier 2017 par le Conseil des ministres moyennant quelques aménagements[423]. L'avant-projet de Code pénal – Livre 1er a

---

415 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, préface de J. GOL, vice-premier ministre et ministre de la Justice, Bruxelles, Moniteur, 1985, 216 p.

416 Fr. TULKENS, « A propos de la réforme du Code pénal. Analyse de l'avant-projet de Code pénal de M. R. Legros, commissaire royal à la réforme du Code pénal », *J.T.*, 1987, pp. 557 et s.; 573 et s.

417 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Observations de la commission sur l'avant-projet de Code pénal de M. Robert Legros, commissaire royal à la réforme du Code pénal, Bruxelles, Moniteur, 1988, 112 p.

418 *Cf.* notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Un nouveau code pénal ? Conclusions », *Vers un nouveau code pénal ? Les exemples belge et français*, *Journ. proc.*, n° 116, 13 novembre 1987, pp. 56 et s.; F. BARTHOLEYNS, « La codification en droit pénal: une voie sans issue? », *Actualité de la codification*. *Droit belge et européen*, *Rev. dr. U.L.B.*, 2003, n° 2, pp. 165 et s.; Y. CARTUYVELS, « Réformer le Code pénal aujourd'hui: un idéal à reconsidérer ? », *J.T.*, 2010, n° 6413, p. 642-645.

419 K. GEENS, *Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficience pour une meilleure justice*, 18 mars 2015, *Doc. Parl*., Ch., sess. ord. 2014-2015, n°54-1019.

420 Accord de gouvernement, 9 octobre 2014, p. 116 ; Arrêté ministériel du 30 octobre 2015 portant création des Commissions de réforme du droit pénal et de la procédure pénale, *M.B*., 29 décembre 2015.

421 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. V. Pour une version adaptée, voy. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, La Charte, 2019. Voy. aussi J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « A quelques pas de…les lignes de force du projet de réforme du Code pénal », in V. Franssen et A. Masset (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, 194 de la CUP sous la direction de Vanessa Franssen et Adrien Masset, Liège, Anthemis, 2019, pp. 11 – 43.

422 *Ibid*., p. V.

423 J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « La proposition d'avant-projet de nouveau Livre 1er du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire », *J.T.*, 2017, pp. 129-135.

été soumis au Conseil d'État qui a rendu son avis en date du 27 mars 2017. Le texte a ensuite subi plusieurs modifications pour prendre la forme d'un projet de Code pénal – Livre 1er.

Les auteurs du projet partent d'un double constat : d'une part, « le droit pénal matériel est devenu un enchevêtrement complexe que les justiciables peuvent difficilement déchiffrer » et, d'autre part, de « nombreuses règles de droit ne sont plus en phase avec leur mise en pratique »[424]. Les auteurs veulent tendre à une réforme dont les maître-mots sont précision, cohérence et simplicité et le projet innove dans de nombreux domaines: il uniformise les règles relatives à la tentative et aux causes de justification, simplifie les règles relatives à la participation criminelle ou à la responsabilité pénale de la personne morale, abandonne le mécanisme de la correctionnalisation et de la contraventionnalisation, n'autorise plus la dénaturation de l'infraction ou encore prône une division bipartite des infractions en supprimant les contraventions. Comme le souligne le Collège du ministère public, le projet devrait apporter « davantage de simplification, de sécurité juridique et de clarification dans l'application des règles de droit pénal matériel »[425].

Le projet tente également de reléguer l'emprisonnement au rang de remède ultime, en obligeant le juge à motiver le choix de la peine et son taux. Si la peine peut encore exprimer « la désapprobation de la société », elle doit également favoriser « la réhabilitation et l'insertion sociale de l'auteur ». Il propose une nouvelle échelle de peines qui exclut le recours à l'emprisonnement pour certaines catégories d'infractions, afin de respecter le principe de proportionnalité. Enfin, le projet diversifie les peines afin d'offrir plus de flexibilité au juge, en instaurant notamment la condamnation par déclaration de culpabilité pour toutes les infractions ou en autorisant le prononcé de peines accessoires à titre principal[426].

Le projet de réforme du Livre 1er du Code pénal a été complété par un projet de Livre 2 du Code pénal. L'exposé des motifs part du même constat que pour le projet de Livre Ier, à savoir que la cohérence, la clarté et l'accessibilité des textes du Livre II du Code pénal ont été altérées au fil du temps : « certaines incriminations se recoupent, d'autres sont tombées en désuétude ; l'accumulation de circonstances aggravantes complique la fixation de la peine ; les degrés de peine figurant dans la loi ne correspondent bien souvent pas aux degrés de peine infligés dans la pratique, etc. »[427]. La proposition de nouvelle structure s'inspire des critères identifiés par M. DELMAS-MARTY dans un article concernant l'harmonisation des sanctions et valeurs communes au sein de l'Union européenne [428] et prend plusieurs facteurs en considération : d'abord, l'intérêt ou le bien juridique lésé par l'infraction en prenant en compte les droits protégés par les instruments internationaux, ensuite l'importance du dommage occasionné par l'infraction et, enfin, la base du degré de culpabilité présent dans le chef de l'auteur (une infraction commise délibérément et en connaissance de cause devant être considérée comme plus grave qu'une infraction commise par défaut grave de prévoyance ou de précaution).

Voulant rompre avec le passé et tendre à la réalisation d'un Code pénal contemporain qui soit

---

424 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *op. cit*., p. 31.

425 *Avis sur la réforme du Code d'instruction criminelle* du Collège du ministère public, Bruxelles, 15 janvier 2018, p. 6.

426 Pour un premier aperçu, voy. Ch. GUILLAIN, D. SCALIA, *La réforme du Livre 1er du Code pénal belge*, Larcier, 2018, 217p.

427 ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *op. cit*., p. 144.

428 M. DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *in* M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (éd.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 586-588.

l'expression de la politique criminelle et le reflet des valeurs sociales, les auteurs classent les infractions du Livre II en sept titres : 1. Les violations graves du droit international humanitaire, 2. Les infractions contre la personne, 3. Les infractions contre la sécurité publique, 4. Les faux, 5. Les infractions contre les biens, 6. Les infractions économiques et 7. Les infractions contre l'État et son fonctionnement.

Parce que les avant-projets de lois rédigés par le cabinet du ministre la Justice en suite du travail de la Commission s'inscrivaient « en complète contradiction avec les lignes directrices et principes de base qui étaient censés fonder le nouveau Code pénal » – notamment en replaçant l'emprisonnement comme figure centrale et non comme *ultimum remedium* –, Joëlle ROZIE et Damien VANDERMEERSCH ont fini par démissionné le 23 août 2018[429].

Les idées de la Commission de réforme du droit pénal ont néanmoins été couchéees dans une proposition de loi, devenue caduque à la fin de la 54ème législature[430].

À la suite des élections du 26 mai 2019, débute, le 20 juin 2019, la 55e législature. Le 24 septembre 2020, une nouvelle proposition de loi est déposée à la Chambre, dont le contenu est identique à celle ayant été déposée durant la législature précédente[431]. Mais ce n'est qu'en date du 30 septembre 2020 que la Belgique se dote d'un nouveau gouvernement fédéral, avec la formation de la coalition Vivaldi. L'accord de gouvernement, adopté à cette date, consiste en un rapport rédigé par les deux formateurs, Paul MAGNETTE et Alexander DE CROO, dont les objectifs relatifs à la justice et à la défense sont développés dans une quatrième partie intitulée « un pays sûr ». En date du 4 novembre 2020, le vice-premier ministre et ministre de la Justice et de la Mer du Nord, Vincent VAN QUICKENBORNE, dépose deux documents à la Chambre : l'exposé d'orientation politique[432] et la note de politique générale justice[433]. De ces différents documents politiques, il ressort la volonté, tant du gouvernement que du ministre de la Justice, de poursuivre le projet de réforme du droit pénal, mais aussi de la procédure pénale et de l'exécution des peines (*infra*) – une réforme dont l'avocat général Damien VANDERMEERSCH a rappelé l'urgence et l'importance, le 1er septembre 2020, à l'occasion de sa mercuriale de rentrée judiciaire devant la Cour de cassation[434].

Quant à la rédaction d'un nouveau Code pénal, l'intention du ministre de la Justice est de repartir du texte rédigé par la commission, ce qu'il faut saluer puisque la proposition de loi s'était départie de l'avis de celle-ci sur certains points importants. Le ministre souhaite néanmoins un avis complémentaire de cette commission sur divers sujets. Il a donc reconstitué la commission par arrêté ministériel du 22 décembre 2020[435]. Les membres désignés pour composer cette nouvelle commission sont Joëlle ROZIE, Damien VANDERMEERSCH et Jeroen DE HERDT. Cette commission a été chargée de poursuivre la réforme du Code pénal, de réformer le droit pénal sexuel afin d'intégrer les nouvelles dispositions dans le Code pénal actuel et de rendre un avis sur certains sujets tels que le

---

429 D. VANDERMEERSCH, J. ROZIE, « Commission de réforme du Code pénal : les raisons d'une démission », *J.T.*, 2018, pp. 679 – 680.

430 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2 (déposée le 13 mars 2019 par Raf Terwingen et Sonja Becq (CD&V), *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2018-2019, 54-3651/001.

431 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 2019, 55-417/001.

432 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl.*, Ch., 2020-2021, n°55-1610/015. Pour un commentaire, voy. O. NEDERLANDT, « L'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice – Les volets pénal et pénitentiaire : une politique essentiellement sécuritaire et répressive », *J.T.*, 2021, pp. 192- 195.

433 Note de politique générale – Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl.*, Ch.,. 2020-2021, n°55-1580/016.

434 Le texte de cette mercuriale a été publié dans ce journal : D. VANDERMEERSCH, « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIXe au XXIe siècle », *J.T.,* 2020, pp. 541-555

435 Arrêté ministériel du 22 décembre 2020 portant création de la Commission de réforme du droit pénal, *M.B.*, 20 janvier 2021.

féminicide, l'écocide, la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, le traitement imposé, la gestion des détenus qui atteignent la fin de leur peine mais qui constituent encore un danger grave pour la société et la responsabilité atténuée partielle. Son travail est toujours en cours.

§ 5. La réforme du droit de la procédure pénale

La procédure pénale, dont les règles restent à ce jour fixées par le Code d'instruction criminelle de 1808, a également fait l'objet de plusieurs tentatives de réforme.

Différents projets d'envergure visant à réformer la procédure pénale seront élaborés sans toutefois être adoptés[436] ; parmi ceux-ci on retient le projet Nypels (Jean Servais Guillaume NYPELS faisant partie d'une commission gouvernementale en 1850 aux côtés de Jacques Joseph HAUS – du travail de cette commission sera conservé le titre préliminaire du Code de procédure pénale de 1878), le projet de BODDAERT et HIRSCH, le projet SERVAIS, ainsi que le projet du Procureur général Hermann BEKAERT[437].

Nous retiendrons surtout le travail de la « Commission pour le droit de la procédure pénale » [438] créée par arrêté ministériel du 23 octobre 1991 et présidée par le professeur M. FRANCHIMONT. Celle-ci a été « chargée de faire une étude sur le droit de la procédure pénale et, en particulier, de : – faire l'inventaire des problèmes actuels de la justice pénale ; – mettre en évidence des réformes qui devraient être adoptées d'urgence, sans préjudice de choix plus fondamentaux ; – réunir des informations relatives aux réformes récemment adoptées ou en cours à l'étranger ; – formuler des propositions permettant de poser les choix fondamentaux en matière d'information et d'instruction judiciaire : la direction de l'enquête (relation police/parquet/juge d'instruction/défense) ; la nature de la procédure ; l'étendue du secret de l'instruction ; – dans une phase ultérieure, amorcer la rédaction d'un projet de Code de procédure pénale » (art. 2). La Commission, composée de représentants de la magistrature, du barreau et de l'université (art. 3), a, dans un premier temps, limité ses travaux de réforme du Code d'instruction criminelle aux seules questions de l'information et de l'instruction judiciaire. Le 19 décembre 1996, le ministre de la Justice déposa à la Chambre un projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction[439]. Les événements que la Belgique a connus depuis l'affaire Dutroux ont accéléré le processus parlementaire qui a débouché sur l'adoption de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction[440].

Les travaux de la Commission pour le droit de la procédure pénale devaient en principe se poursuivre dans la perspective d'une réforme globale, visant la rédaction d'un nouveau Code de procédure pénale qui s'articulerait autour des principes généraux (Livre I), des actions (Livre II) et du procès pénal (Livre III)[441]. Après une période d'interruption, ses travaux ont repris et ont abouti à un projet de réforme qui a été présenté au ministre de la Justice le 17

---

436 Pour une approche historique de ces propositions de réforme, voy. E. DELREE, « En quête de vérité : l'instruction pénale entre rupture et continuité (1830-2020) », Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2020/2, pp. 287-341.

437 H. BEKAERT, en coll. avec J. DU JARDIN, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972.

438 *M.B.*, 1er novembre 1991, p. 24614.

439 Voy. R. DE BECO, « Le projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, dit projet Franchimont », *Journ. proc.*, 1997, n° 328, 30 mai 1997, pp. 87 et s.; n° 329, 13 juin 1997, pp. 32 et s.

440 *M.B.*, 2 avril 1998, p. 10027.

441 A cet égard, *cf.* l'avant-projet de Code de procédure pénale présenté au Sénat par la Commission Franchimont les 8 et 9 octobre 1998 et publié in *Colloque réforme droit pénal*, 8 et 9 octobre 1998, Sénat, Ministère de la Justice, Anvers, Maklu.

septembre 2002 et publié le 1er octobre 2002[442]. Une proposition de loi a ensuite été déposée, le 13 janvier 2004, au Sénat[443] et a été votée le 1er décembre 2005[444]. Le projet a fait l'objet ensuite d'un examen au sein de la Commission de la Justice de la Chambre d'où il semble avoir été retiré le 16 octobre 2006[445].

Sous la 53e législature, des travaux de rénovation ont été été annoncés dans l'accord de gouvernement du 1er décembre 2011[446] et définis par la ministre de la Justice dans sa Note de politique générale : « le Service de la Politique criminelle élaborera un marché public portant sur une étude pratique des pierres d'achoppement de l'actuelle procédure pénale. Cette analyse permettra de mettre en exergue les prescriptions de procédure à rationaliser, afin de pouvoir accélérer et améliorer le processus pénal, sans porter atteinte au droit à un procès équitable »[447]. L'Université de Gand fut désignée pour mener une « étude pratique des problèmes rencontrés dans l'actuelle procédure pénale belge en vue de la rédaction d'une nouvelle procédure pénale » dont les résultats furent publiés en 2015[448].

Dans son avant-propos, l'étude de Gand pose deux questions fondamentales. La première question est celle de savoir qui doit être chargé de la direction de l'enquête préliminaire : « il est clair qu'un choix fondamental et net s'impose concernant tant l'organisation de l'enquête préliminaire que sa direction » afin de rendre la « procédure pénale plus cohérente et plus efficace »[449]. Les auteurs de l'étude poursuivent en précisant : « Naturellement, si le choix se porte sur un type unique d'enquête préliminaire dirigée par le ministère public, il faudra également déterminer de quelle manière sera réglée l'intervention judiciaire nécessaire pour les actes d'instruction qui portent atteinte à des droits fondamentaux »[450]. La deuxième question est celle du degré de participation possible pour les parties durant l'enquête préliminaire. L'étude envisage quatre scénarii possibles pour orienter une telle réforme :

> 1) le maintien de deux types d'enquête préliminaires distincts, sous la direction du ministère public ou du juge d'instruction, avec une participation limitée des parties ;
> 2) un seul type d'enquête préliminaire, sous la direction du ministère public, avec une participation limitée des parties ;
> 3) le maintien de deux types d'enquête préliminaires distincts, sous la direction du ministère public ou du juge d'instruction , avec une participation étendue des parties ;
> 4) un seul type d'enquête préliminaire, sous la direction du ministère public, avec une participation étendue des parties

Sous la 54e législature, le ministre de la Justice Koen GEENS a également mis la réforme de la procédure pénale à son agenda (*supra*). Une commission de réforme de la procédure pénale a dès lors été mise sur pied par arrêté ministériel du 30 octobre 2015 (*M.B.*, 29 décembre 2015),

---

442 Avant-projet de Code de procédure pénale, établi par la Commission pour le droit de la procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch., n° 50-2043/001; Sén., n° 2-1288/1. A ce sujet, *cf. Vers un nouveau code de procédure pénale. Actes du colloque tenu à la Chambre des représentants le 31 janvier 2003*, Chambre des représentants, Sénat de Belgique et SPF Justice, *Doc. parl.*, Ch., 2002-2003, n° 2043/002 et Sén., 2002-2003, n° 2-1288/2.

443 Proposition de loi concernant le Code de procédure pénale, déposée par M. Hugo VANDENBERGHE et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/1.

444 *Doc. parl.*, Sén., 2005-2006, n° 3-450/21. A ce sujet, *cf.* notamment F. HUTSEBAUT, « La ''grande'' loi Franchimont. Une nouvelle proposition de réforme de la procédure pénale », *Vigiles*, 2003, pp. 33 et s.; P. TRAEST et L. DE TANDT, « Het voorontwerp van wetboek van strafprocesrecht: een kennismaking », *Panopticon*, 2004, n° 4, pp. 6 et s.

445 M. NEVE, « La réforme de la procédure pénale, stop ou encore ? », *J.T.*, 2007, pp. 55-56.

446 Accord de gouvernement du 11 décembre 2011, p. 139.

447 Note de politique générale Justice, *Doc. Parl.*, Ch., 2012-2013, n° 2586/27, p. 16.

448 *Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge. Etude pratique des problèmes rencontrés*, Anvers, Maklu, 2015, 519 p.

449 *Ibidem*, pp. 13 et 47.

450 *Ibidem*, p. 13.

composée de la professeure Marie-Aude BEERNAERT, professeure ordinaire à l'UCLouvain, de Laurent KENNES, avocat pénaliste et professeur à l'ULB, de Yves LIEGEOIS, procureur général honoraire et premier avocat général près la cour d'appel d'Anvers et de Philip TRAEST, professeur extraordinaire à l'UGent et avocat (ayant démissionné en octobre 2018). Le travail de cette commission avec celui de la Commission de réforme du droit pénal a été coordonné par Raf VERSTRAETEN, professeur à la KULeuven.

La Commission a d'abord rédigé une note d'orientation préparatoire à la réforme du Code d'instruction criminelle, intitulée « Jalons pour un nouveau Code de procédure pénale », proposant d'instaurer une enquête préliminaire unique, dirigée par le parquet et contrôlée par un juge de l'enquête. Cette note n'est pas publiée mais les lignes de force de ce nouveau Code ont été présentées dans diverses publications doctrinales[451]. Ce scénario, impliquant *de facto* la suppression de l'instruction et du juge d'instruction, a soulevé de nombreuses critiques et fait couler beaucoup d'encre[452].

Une proposition de loi contenant le Code de procédure pénale, qui reprend ce scénario et entend également limiter la détention préventive, renforcer la procédure contradictoire au stade préliminaire du procès pénal ou encore, instaurer un régime de sanction de la preuve irrégulière plus cohérent, a été déposé au Parlement au début de la 55e législature[453].

L'intention de l'actuel gouvernement Vivaldi et de son ministre de la Justice, Vincent VAN QUICKENBORNE, est de poursuivre ce projet de réforme de la procédure pénale. Toutefois, le ministre étant conscient du fait que le projet proposé par la commission d'experts nommée sous la précédente législature suscitait la polémique, il a annoncé sa volonté d'élargir la composition de cette commission en y ajoutant un juge d'instruction. Le travail se ferait ensuite en deux temps : la prise de mesures nécessaires pour accélérer la procédure pénale tout d'abord et l'examen du rôle du juge d'instruction ensuite.

§ 6. Le projet de rédiger un code de l'exécution des peines

Dans son « plan justice » du 18 mars 2015, intitulé « une plus grande efficience pour une meilleure justice »[454], le ministre de la Justice sous la 54e législature, Koen GEENS, annonçait son intention de réformer « en profondeur » la matière de l'exécution des peines[455]. Dans sa note politique de 2016, il ajoutait que son souhait était d'élaborer « un Code d'exécution des peines qui donnera une base légale à l'exécution de toutes les peines, telles les peines privatives de liberté, la peine de travail, la probation et la surveillance électronique »[456]. Ce code constituterait ainsi ce que Damien Vandermeersch a qualifié de « triptyque des codes

---

451 Voy., notamment, M.-A. BEERNAERT, « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », in V. Franssen et A. Masset (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, 194 de la CUP sous la direction de Vanessa Franssen et Adrien Masset, Liège, Anthemis, 2019, pp. 133 – 162 ; M.-A. BEERNAERT, « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », *Pli Juridique*, 2020/52, pp. 6 – 17.

452 Voy., notamment, M. CADELLI (dir.), *La figure du juge d'instruction : réforme ou supprimer ?*, Limal, Anthemis, 2017, Coll. de l'Association Syndicale des Magistrats.

453 Proposition de loi contenant le Code de procédure pénale déposée par M. Servais Verherstraeten et Mme Bergy Slegers (CD&V), *Doc. Parl*., Ch. repr., 2019-2020, 55-1239/001.

454 K. GEENS, ministre de la Justice*, Plan Justice, Une plus grande efficience pour une meilleure justice*, 18 mars 2015, *Doc. Parl*., Ch., 2014-2015, n°54-1019/001.

455 K. GEENS, *Plan Justice*, *op. cit*., pp. 44 – 51.

456 K. GEENS, « Note de politique générale. Justice », 3 novembre 2016, *Doc. Parl.*, Ch., 2016-2017, n° 54-2111/021, p. 22. Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi pot-pourri II, le ministre a aussi annoncé aux parlementaires son intention de réformer la loi du 17 mai 2006 : « le but est de déposer un nouveau projet de loi remplaçant la loi existante au parlement dans le courant de l'année prochaine », qui « prévoira des règles pour l'exécution de toutes les peines privatives de liberté » (Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. Parl*., Ch.,. 2015-2016, n°54-1418/005, p. 135).

pénaux »[457]. Un avant-projet de Code avait été élaboré au sein du cabinet ministériel et communiqué pour avis au Collège des procureurs généraux, sans toutefois que ce travail n'aboutisse au Parlement avant la fin de la législature. Le nouveau ministre de la Justice, Vincent VAN QUICKENBORNE, a annoncé sa volonté de poursuivre les travaux en vue de la rédaction de ce code.

L'idée de réunir dans un seul texte l'ensemble des règles relatives à l'exécution des peines correspond sans conteste à un besoin. Actuellement, les règles relatives à l'exécution des peines font l'objet de texte épars (voy. *infra*, Chapitre V, Section 6, § 1er), ce qui rend l'accès à la matière particulièrement difficile, pour les justiciables et les acteurs de l'exécution des peines. Par ailleurs, étant éparses, ces différentes réglementations n'ont pas envisagé les situations où ces peines viennent à se cumuler : l'exécution simultanée ou successive des différentes peines devrait être une question abordée dans un tel code, de même que la question très complexe du calcul relatif aux peines[458].

457 D. VANDERMEERSCH, « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIXe au XXIe siècle », *J.T.,* 2020, p. 553.

458 Sur la nécessité de l'adoption d'un tel code, voy., notamment, E. MAES, A. JONCKHEERE en O. NEDERLANDT, « Editoriaal. Strafuitvoering in België *anno* 2020 », *Panopticon*, 2019, vol. 40(4), pp. 237- 253.

Chapitre II : Le droit pénal

Section 1. La définition et l'objet du droit pénal

§ 1. La terminologie utilisée pour définir le droit de punir

Pour évoquer le « droit de punir », trois expressions sont généralement utilisées. La première dénomination est celle de « droit *répressif* ». L'expression renvoie à une des fonctions traditionnelles de la peine – il en existe d'autres – qui est la répression ou la punition des infractions. Une deuxième expression est celle de « droit *pénal* » : est évoqué ici au sens strict, le droit des peines applicables aux auteurs d'infractions pénales ou plus largement le droit des sanctions[459]. Certains évoquent encore le « droit *criminel* » : si l'expression est parfois utilisée parfois pour englober le droit pénal au sens strict et le droit de la procédure pénale[460], elle souligne aussi la dimension incriminatrice du droit pénal.

Chacune de ces expressions est en fait incomplète. Logiquement, il conviendrait de parler de « droit criminel *et* pénal »[461] pour souligner la double dimension de cette branche du droit. En tant qu' « incriminatrice », c'est-à-dire créatrice d'infractions nouvelles, elle apparaît comme un « droit des crimes » ou, si l'on préfère, un « droit criminel » ; en tant que « sanctionnatrice », c'est-à-dire créatrice de sanctions spécifiques et, en particulier, de peines, elle apparaît comme un « droit des peines » ou, si l'on préfère, un « droit pénal ».

Dans les faits, si l'expression « droit pénal » est privilégiée, c'est pour souligner l'importance particulière que prend la dimension sanctionnatrice dans le domaine pénal. On ne peut concevoir de « crime » au sens large – ou plus rigoureusement d' « infraction pénale » – sans l'existence d'une « peine » correspondante, selon le principe classique « *nullum crimen sine poena* »[462]. Le droit pénal, au sens strict, a donc pour *objet* de créer, de modifier ou de supprimer un ensemble d'incriminations et de peines correspondantes.

On notera que la Cour européenne des droits de l'homme parle de « matière pénale », ce qui souligne que les contours de la pénalité en regard de la Convention Européenne des droits de l'homme peuvent être plus larges que ce que prévoit le droit pénal de chaque Etat membre du Conseil de l'Europe. La Cour a ainsi considéré que certaines sanctions disciplinaires (par exemple des soldats mis aux arrêts)[463] ou administratives[464] présentaient suffisamment d'analogies avec une sanction pénale pour entrer dans la « matière pénale ». Enfin, l'expression de « politique criminelle »[465] est aujourd'hui également utilisée. Elle souligne que, dans sa dimension de contrôle social, le droit pénal prend appui sur des politiques de prévention et des mesures d'exécution plus larges, qui dépassent la seule réponse pénale.

---

459 R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I., p. 202.

460 Cf. notamment J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge, t. 1, 3e éd., op. cit*., p. 2.

461 *Cf.* notamment X. PIN, *Droit pénal général*, 5e éd. Paris, Dalloz, 2012, p. 2, qui parle de « droit des infractions et des peines ».

462 R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 23: « Il n'y a pas de délit, pas de disposition pénale sans peine. Ce qui caractérise l'infraction, et même dans notre droit la nature de l'infraction, c'est la sanction pénale. En ce sens, *nullum crimen sine poena* ».

463 Cour eur.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*.

464 Cour eur.D.H., 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*.

465 M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, Economia, 1983.

§ 2. Le droit pénal au sens strict et le droit pénal au sens large

Une autre distinction importante sépare le droit pénal au sens strict et le droit pénal au sens large. Le droit pénal au sens strict, qu'on appelle aussi droit pénal matériel ou substantiel, vise les règles de fond, soit les règles relatives aux incriminations et aux peines. Le droit pénal au sens large comprend à la fois le droit pénal au sens strict (droit pénal matériel) et le droit de la procédure pénale (droit pénal formel).

Section 2. Le droit pénal et les autres branches du droit

Parmi les différentes questions que suscitent les rapports du droit pénal aux autres branches du droit, nous en retenons deux qui occupent traditionnellement une place importante dans les débats doctrinaux. La première consiste à savoir si le droit pénal fait partie du droit public ou du droit privé. La seconde consiste à s'interroger sur le degré d'autonomie du droit pénal par rapport à des normativités extra-juridiques et surtout par rapport aux autres branches du droit.

§1. Le droit pénal fait-il partie du droit public ou du droit privé ?

Si cette question a pu faire l'objet de controverses doctrinales, on admet aujourd'hui que le droit pénal appartient au droit public[466]. Ceci reste curieusement ignoré par une certaine tradition française qui veut que le droit pénal soit « enseigné par des professeurs de formation privatiste »[467].

Un double motif justifie cette inscription du droit pénal au sein du droit public :

- d'une part, l'infraction pénale est d'abord considérée comme une atteinte à l'intérêt public, quel que soit le préjudice privé susceptible de résulter de l'infraction pour un individu particulier. En droit pénal, l'« intérêt à la répression » de l'Etat l'emporte sur l'« intérêt à la réparation » de la victime ;
- d'autre part, l'ensemble des acteurs du procès pénal sont principalement des acteurs publics ou organes de l'Etat : l'action publique est intentée par le Ministère Public, le procès se déroule devant des juridictions répressives étatiques et l'exécution de la peine est contrôlée par des acteurs publics également, qu'il s'agisse du tribunal de l'application des peines ou du juge de l'application des peines.

Ce caractère « public » du droit pénal n'est cependant pas absolu. Plusieurs éléments soulignent en effet une tendance (croissante) à la « privatisation » de certains aspects du droit pénal. Nous mettrons ici l'accent sur cinq indices de ce processus de privatisation :

A. Le droit pénal assure le respect de règles de droit privé

Dans de nombreux cas, le droit pénal prête son appui à des règles appartenant à d'autres branches du droit, et notamment à des règles de droit privé. Les dispositions pénales incriminant le vol, la bigamie ou la violation de domicile viennent en appui aux règles du droit civil relatives, respectivement, à la propriété, au mariage, ou au domicile. L'incrimination pénale traduit ici un phénomène de « superposition », voire d'« interférence »

---

466 *Cf.* notamment F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 2e éd., *op. cit.*, p. 95: « Le droit pénal est, par essence, une branche du droit public ».

467 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7e éd., *op. cit.*, p. 215, note 5.

entre les intérêts « privés » que protègent ces règles et l'intérêt « public » que protège la règle pénale elle-même.

Cette interférence est également de plus en plus clairement mise en lumière dans la protection pénale des droits de l'homme où, au souci de « protéger les valeurs fondamentales de la société », tend à se joindre le souci de protéger les intérêts lésés de la victime[468].

B. La décriminalisation de certaines infractions

La décriminalisation de certaines infractions peut avoir pour effet de substituer à la sanction pénale une sanction civile. Ce fût par exemple le cas en Belgique en matière d'adultère : en 1987, la décriminalisation de ce comportement aura pour effet que ce comportement ne fera plus l'objet que de sanctions civiles, comme le divorce ou l'octroi d'une pension alimentaire. Une telle évolution signifiait, d'une part, une restriction de la sphère d'intervention du droit pénal et, d'autre part, une « privatisation » du comportement en jeu qui n'était plus considéré comme une atteinte à l'intérêt public (mais seulement comme un enjeu privé).

C. L'impact de la réparation du dommage causé à la victime sur la procédure pénale

Un autre indice, plus significatif, de privatisation du droit pénal réside dans la place faite à la réparation du dommage subi par la victime ou à son indemnisation dans la politique adoptée par le ministère public en matière de poursuites[469]. L'introduction et le développement, au stade de l'information, des mécanismes de la transaction pénale et de la médiation et mesures (anciennement médiation pénale), prévues respectivement aux articles 216*bis* et 216*ter* du Code d'instruction criminelle, soulignent cette tendance. Selon des modalités différentes, ces deux mécanismes permettent au ministère public de proposer à l'auteur d'une infraction de ne pas le poursuivre moyennant le paiement d'une somme d'argent (transaction) ou le respect d'une ou plusieurs conditions proposées et acceptées par l'auteur (réparation du dommage ou indemnisation, suivi d'une formation, suivi thérapeutique, …). Dans les deux cas, mais selon des modalités différentes, l'indemnisation de la victime ou la réparation du dommage qui lui a été causé peuvent être un élément qui conditionne la décision du ministère public sur la suite à donner au dossier pénal. L'intérêt public à la répression est ici en partie subordonné à la protection de l'intérêt privé de la victime, ce qui traduit bien une forme de privatisation.

D. La place croissante prise par la victime, aux différentes phases du procès pénal

Un autre indice de privatisation réside dans la place de plus en plus importante que l'on tend à reconnaître à la victime aux différentes phases du procès pénal[470]. Plusieurs dispositions légales récentes concourent en effet, dans plusieurs pays, à renforcer la position de la victime, qu'il s'agisse de renforcer son droit à l'information ou de solliciter son avis.

En Belgique, la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction a ainsi introduit plusieurs innovations intéressantes :

---

468 *Cf.* notamment Cour eur. D.H. (GC), 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, Opinion partiellement dissidente de M. le juge ROZAKIS.

469 *Cf.* notamment J. DU JARDIN, « La politique criminelle du ministère public », *Liber amicorum Frédéric Dumon*, t. I, Anvers, Kluwer, 1983, p. 451; G.J.Y. VERHEGGE, « Beschouwingen bij het beleid van het openbaar ministerie. Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het hof van beroep te Gent op 1 september 1982 », *R.W.*, 1983, col. 1352.

470 À cet égard, *cf.* notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *Droit négocié, droit imposé ?*, *op. cit.*, pp. 570-573 ; X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002, pp. 245 et s.

obligation générale d'information des victimes d'infractions ; obligation d'informer la personne lésée du classement sans suite d'une infraction par le parquet ; droit pour la partie civile, durant l'instruction, de demander à consulter le dossier répressif ou de demander l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire[471].

En matière d'exécution des peines privatives de liberté, la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle a consacré pour la première fois une place pour les victimes dans la procédure de l'exécution des peines, en prévoyant de les consulter et de les entendre quant aux conditions particulières pouvant être imposées dans leur intérêt, et de les informer des décisions d'octroi de la libération conditionnelle[472]. Cette loi a été abrogée par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine[473] ; les travaux préparatoires de cette loi ont également réservé une grande attention à la place de la victime, comme en atteste aussi son intitulé, et cette loi prévoit que les victimes puissent être consultées et entendues quant aux conditions à imposer dans leur intérêt dans le cadre de pratiquement toutes les modalités d'exécution de la peine.

La victime obtient donc plus de droits au cours du procès au sens large. Néanmoins, si son avis est parfois demandé, il reste exclu aujourd'hui d'en faire une « partie litigeante » susceptible d'intervenir, par exemple, sur la peine.

E. La logique de contractualisation et l'irruption d'acteurs privés dans la chaîne pénale

Au cœur d'un droit imposé, on constate cependant que s'accentue la place faite à des modes de « justice négociée » plus souples, faisant appel à une plus grande participation/activation des parties et prise en compte de leurs intérêts, et ceci, à tous les stades du processus pénal[474]. Ainsi, en amont (et parfois, en cours) du procès pénal, une logique de « marchandage », proche d'un type d'échange présent dans la sphère d'influence du droit privé, peut s'installer entre le ministère public et le suspect. La figure du « contrat » s'incarne encore lorsque le justiciable s'engage devant un juge à respecter toute une série de conditions, en échange de l'évitement de la prison et cela, tant avant le procès (pour éviter la détention préventive), que lors du procès (pour éviter la peine privative de liberté) qu'après le procès (pour demander de pouvoir exécuter la peine privative de liberté hors de la prison). Enfin, nous verrons que la contractualisation de la justice pénale s'affirme encore davantage lorsqu'un véritable contrat est passé avec des acteurs privés, en amont ou en aval du procès pénal.

Avant (et parfois durant) le procès pénal, le ministère public peut faire éviter le procès pénal à l'auteur de l'infraction qui accepte de « négocier » avec lui, soit sous la forme du paiement d'une somme d'argent (transaction pénale), soit sous la forme de conditions à respecter (médiation et mesures). L'actuel ministre de la Justice, Vincent VAN QUICKENBORNE, a annoncé sa volonté d'intensifier le recours à la transaction et à la médiation-mesure (anciennement médiation pénale), dès lors que « tout ne doit pas être réglé par un tribunal »,

---

471 À ce sujet, *cf.* notamment A. MASSET, « Quelques aspects du nouveau droit des victimes et des personnes lésées complétés par l'examen de la nouvelle cause de suspension de la prescription de l'action publique », *La loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, Les Dossiers de la *Revue de droit pénal*, 1998, n° 3, pp. 115 et s.

472 Art. 3, § 4 et 4, § 3 et § 8 de la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle.

473 *M.B.*, 15 juin 2006.

474 Voy. à cet égard. N. COLETTE-BASECQZ et Ch. DEVILLERS, « Les alternatives au procès pénal : enjeux et perspectives », in *Les alternatives au(x) procès classique(s)*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 99 – 172.

dans un contexte de sursollicitation du pouvoir judiciaire[475]. À cet égard, le ministre ne cache pas son enthousiasme pour le système de transactions pénales immédiates mobilisant le système informatique « Crossborder » : déjà utilisé pour les infractions routières, il a été appliqué lors de la pandémie en réponse aux « infractions covid-19 » (non-port du masque, non-respect de l'interdiction de rassemblement, etc.)[476]. Tandis que le ministre a annoncé vouloir étendre l'utilisation de ce mécanisme à toute une série d'infractions mineures, le système est dorénavant applicable aux amendes pénales, afin de faciliter leur recouvrement[477]. Toujours en amont du procès pénal, la logique de « marchandage » s'incarne dans le « plaider coupable » : celui qui accepte de reconnaître les faits peut passer un accord avec le ministère public quant aux taux de la peine, accord qui sera ensuite homologué par un tribunal (« reconnaissance préalable de culpabilité », article 216 du Code d'instruction criminelle). Toujours avant le procès pénal, le justiciable peut être amené à s'engager à respecter toute une série de conditions qui lui seront imposées par le juge ou les juridictions d'instruction, afin d'éviter d'être détenu préventivement en prison.

Lors du procès pénal, lorsque le juge doit fixer la peine, il dispose d'un panel de sanctions, panel qui se caractérise actuellement par un engouement pour les peines impliquant un « consentement » de la personne condamnée : celle-ci doit marquer son « accord » sur les conditions qu'elle devra respecter. Ainsi est-ce le cas des suspensions et sursis probatoires, et des peines alternatives : peine de travail automne, peine de probation autonome et peine de surveillance électronique.

Enfin, *après le procès pénal*, lors de l'exécution des peines privatives de liberté ou de la mesure d'internement, le tribunal de l'application des peines (chambre de l'application des peines ou chambre de protection sociale) n'octroiera une modalité d'exécution de la peine ou de la mesure d'internement (surveillance électronique, libération conditionnelle/à l'essai, etc.) que si le condamné ou l'interné s'engage à respecter des conditions.

Si l'on peut considérer que le justiciable est ainsi appelé à conclure un « contrat » avec le juge, par lequel il s'engage à respecter toute une série de conditions (pouvant être des interdictions ou des obligations[478]), un tel contrat a pu être qualifié de contrat « d'adhésion », vu la faible possibilité de négociation du justiciable. Ce dernier est en effet en position de faiblesse puisque la seule alternative s'il refuse de s'engager est d'être envoyé ou de rester en prison[479]. Cet engagement du justiciable permet à la justice pénale de le responsabiliser en cas d'échec (non-respect des conditions ou récidive), et de justifier le recours à la prison à l'égard de celui qui n'a pas été en mesure de « comprendre le message », qui n'a pas pris au sérieux l'intervention de la justice pénale, qui n'a pas « saisi sa chance »[480].

---

475 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl*., Ch.,. 2020-2021, n°55-1610/015, p. 3, pp. 12 - 13.

476 « Aperçu du flux d'entrée des infractions aux mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 et de leur traitement judiciaire », mise à jour au 6 juin 2021, https://www.om-mp.be/sites/default/files/u147/20210606_justitiele_afhandeling_covid_v3-fr_002.pdf

477 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl*., Ch.,. 2020-2021, n°55-1610/015, pp. 20-21 et *Les amendes pénales à leur tour numérisées,* Collège du ministère public, 29 avril 2020 (https://www.om-mp.be/fr/article/amendes-penales-leur-tour-numerisees).

478 Par exemple : interdiction de consommer de l'alcool ou des stupéfiants, de se rendre dans des débits de boisson, obligation de faire un suivi thérapeutique, obligation de continuer à indemniser les parties civiles, etc.)

479 Th. SLINGENEYER, « Chronique de criminologie. La libération conditionnelle : une sanction, des épreuves ? Réflexions à partir des aspects flexibles et rigides de la mesure », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 394 ; M.-S. DEVRESSE, « Justice négociée et usage de drogues. L'éthique de la discussion à l'épreuve du pénal », *Ethique publique*, 2003/2, vol. 5, https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2103.

480 O. NEDERLANDT, « Enquête auprès des tribunaux de l'application des peines en Belgique. Que devient le pouvoir judiciaire, et le droit qu'il protège, lorsqu'il franchit la porte des prisons ? », *Les frontières de la privation de liberté*, Paris, Mare et Martin, Collection ISJPS, 2021, pp. 47 – 49 ; Fr. VANHAMME, *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 298 – 299 : « Le juge attend une prise au sérieux de la sanction. Son respect par le prévenu en légitimera l'autorité et dans la foulée, celle du juge,

La logique de contractualisation est encore plus marquante avec l'intervention croissante d'acteurs privés, tant en amont qu'en aval du processus pénal.

En amont de la chaîne pénale, on voit se multiplier le recours à des services de gardiennage ou de sécurité privés. Ceux-ci concurrencent les fonctionnaires de police et remettent ainsi en cause le monopole traditionnel de la police publique comme agent de maintien de l'ordre et de sécurité intérieure. Le phénomène des « Neighborhood Watch » (surveillance de voisinage), plus présent dans les pays anglo-saxons, souligne également une tendance à délocaliser la prévention auprès du public lui-même.

En aval du procès pénal, au stade de l'exécution des peines, l'intervention des acteurs privés est croissante. L'exécution des peines alternatives « hors les murs » se nourrit des en effet de partenariats public-privé, sous forme d'une délégation sous contrôle de sa mise en en œuvre à des acteurs privés[481]. Le même constat peut être posé dans l'exécution de la mesure d'internement et dans l'exécution de la peine privative de liberté. Ainsi, pour le placement des internés, deux centres de psychiatrie légale ont été construits à Gand et Anvers, dont la gestion est assurée par des consortium d'acteurs privés – ce qui n'a pas manqué de susciter la critique[482]. De même, la privatisation et la commercialisation dans le secteur carcéral vont grandissantes. Celles-ci se manifestent à tout le moins à trois niveaux. *Premièrement*, la construction et la maintenance des nouvelles prisons sont confiées aux entreprises privées. Le parc carcéral compte déjà trois prisons construites et exploitées dans le cadre de partenariat public-privé Design Build Finance Maintain (PPP-DBFM), à savoir les prisons de Marche-en-Famenne (érigée en 2013), Beveren (en 2014) et Leuze-en-Hainaut (en 2014). En outre, des chantiers ont été entamés pour construire deux nouveaux établissements à Haren et Termonde et la construction d'autres prisons est programmée (notamment à Bourg-Léopold et à Vresse-sur-Semois), à chaque fois dans le cadre de ces PPP-DBFM. En outre, l'exploitation des deux maisons de transition récemment créées à Malines et Leuze-en-Hainaut à la société de sécurité G4S. *Deuxièmement*, de nombreuses entreprises privées proposent leurs biens ou leurs services aux personnes détenues (les grandes entreprises dans la chaîne alimentaire qui fournissent les prisons comme Colruyt, Sodexo qui gère la cuisine et organise des formations dans certaines prisons, etc.). *Troisièmement*, des entreprises privées exploitent le travail des personnes détenues à des prix particulièrement bas[483].

S'ils existent, ces indices de privatisation ne suffisent pas à ébranler l'appartenance globale du droit pénal au droit public aujourd'hui. Ils soulignent cependant la relativité et le caractère potentiellement fluctuant du rattachement.

§ 2. Le droit pénal : droit auxiliaire ou droit autonome ?

---

et ceci nous semble au principe-même d'une sanction : elle doit être légitimée. Au sein de cette logique, la sanction est comprise comme une leçon ; la responsabilité de la prendre au sérieux et de l'apprendre revient au seul condamné. L'indicateur d'un apprentissage déficient est le retour devant le tribunal, toujours envisagé. Le sens pratique de la peine émerge : c'est l'affirmation de cette leçon à apprendre, déclarative de la gravité sociale de la délinquance, ce qui appuie le diagnostic social fait par le juge ».

481 Relevons par exemple le fait que les bracelets électroniques sont loués par la Communauté française à une firme israéelienne.

482 O. NEDERLANDT et F. VANSILIETTE, « L'exécution de la mesure d'internement », *in* O. Nederlandt, N. Colette-Basecqz, F. Vansiliette et Y. Cartuyvels, Y. (dir.), *La loi de 2014 relative à l'internement. Nouvelle loi, nouveaux défis : vers une véritable politique de soins pour les internés ?*, Bruxelles, La Charte, 2018, pp. 105 – 106.

483 Voy. à cet égard le second numéro du journal associatif de l'ASBL GENEPI Belgique, intitulé « La Brèche », consacré à cette question : GENEPI BELGIQUE, *Des peines et du travail*, La Brèche n°2, hiver 2020, disponible en ligne : https://genepibelgique.wixsite.com/genepi/la-breche, consulté le 8 mai 2020.

A. Le droit pénal et les normativités extra-juridiques : des recoupements partiels

L'autonomie du droit pénal, entendu comme ensemble de normes juridiques, peut d'abord s'envisager à l'égard de normativités extra-juridiques. Quelle est l'autonomie du droit pénal par rapport aux références normatives ou à d'autres « discours de vérité » (FOUCAULT) que proposent la morale, la religion ou la science ?

On se contentera ici de souligner deux éléments. Eu égard aux normativités extra-juridiques, l'autonomie du droit pénal[484], comme celle des autres branches du droit[485], est d'abord très relative. Le droit, en tant qu'il régule la vie sociale, est dépendant des processus, discours et pratiques qui constituent celle-ci. Le droit pénal subit et reflète bien évidemment l'influence des divers discours normatifs qui contribuent à formater la conscience sociale sur différentes questions de société. Ensuite, le droit pénal nourrit sans doute des rapports particuliers avec la morale dont il est régulièrement perçu comme le relais. Sur des enjeux éthiques aussi complexes que l'avortement, l'euthanasie ou l'usage des drogues, la discussion sur la pénalisation ou la décriminalisation fait régulièrement l'objet de « croisades morales » et met en jeu des arguments moraux et des débats de valeurs. Si, dans des sociétés pluralistes, droit pénal et morale ne se recouvrent pas *a priori*, des recoupements partiels existent bien entre leurs champs d'application respectifs[486].

B. L'autonomie du droit pénal par rapport aux autres branches du droit : une autonomie relative

La question de l'autonomie du droit pénal par rapport aux autres branches du droit est une question également complexe. Au début du XIXe siècle, le droit pénal est considéré comme un droit « auxiliaire », gardien des autres branches du droit. Les lois pénales, disait déjà ROUSSEAU, repris par PORTALIS, « sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »[487]. Selon cette conception, le droit pénal est un droit « d'accompagnement » dont le rôle se limiterait à assurer le respect des comportements prescrits ou interdits par d'autres branches du droit, chaque fois que cela paraît nécessaire pour assurer l'effectivité de la norme juridique concernée.

Incontestablement, cette image d'un droit pénal « auxiliaire » contient une part de vérité. Ainsi, l'interdit pénal du vol soutient l'effectivité des règles du droit civil sur la propriété. De même, cette « satellisation »[488] du droit pénal est soulignée par la création de disciplines pénales auxiliaires telles que le droit pénal administratif, le droit pénal du travail, le droit pénal de l'environnement, etc. Mais le droit pénal présente aussi un certain degré d'autonomie par rapport aux autres branches du droit[489], dont on peut souligner au moins quatre aspects complémentaires[490].

---

484 Voy. A.C. T'HART, "De autonomie van het strafrecht", *Delikt en Delinkwent*, 2001, pp. 237 et s.

485 A ce sujet, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, spéc. Chapitre IV. Le système juridique et son environnement, pp. 149 et s.

486 A ce sujet, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, spéc. Chapitre IV. Le système juridique et son environnement, pp. 149 et s.

487 J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 100; PORTALIS, "Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement", *op. cit.*, p. 478.

488 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7e éd., *op. cit.*, t. I, p. 216.

489 En ce sens, *cf.* également F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 2e éd., *op. cit.*, pp. 115 et s.

490 A cet égard, *cf.* notamment N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., Limal, Anthemis, 2013, pp. 40 et s.

1. L'autonomie normative du droit pénal

Par autonomie normative, on entend que le droit pénal ne sanctionne pas toujours la violation d'autres normes juridiques préexistantes. Il crée parfois lui-même, de manière autonome, de nouvelles normes de conduite qui ne lui préexistent pas sous une autre forme juridique. Ainsi, de l'obligation (pénalement sanctionnée) de respecter la vie ou l'intégrité physique d'autrui ou celle de porter assistance à personne en danger. Les normes de conduite ainsi créées le sont par le seul droit pénal.

Cette autonomie normative du droit pénal, si elle existe, reste néanmoins relative, et ceci pour deux raisons :

- d'une part, l'inflation croissante du droit pénal contemporain[491] trouve sa source dans la volonté d'adjoindre une sanction pénale à diverses règles légales de nature civile, économique, fiscale ou autres. Cette « inflation pénale » est donc plus liée à la dimension auxiliaire du droit pénal qu'à son potentiel d'autonomie normative ;
- d'autre part, force est de constater qu'en cas de conflit entre une loi pénale et une autre règle de droit, la règle pénale peut être amenée à s'incliner en laissant la priorité à l'application d'une règle de nature administrative, fiscale ou civile. Ainsi, la Cour de cassation française[492] avait-elle estimé que la loi fiscale « autorise implicitement la projection de tels films » (pornographiques), alors même que cette projection tombait à l'époque sous le coup de l'article 282 du Code pénal. Un rapport de force inverse, soulignant l'autonomie relative de la loi pénale par rapport à la loi fiscale, peut toutefois aussi s'observer. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 mars 1983 estimera que le fait que des jeux de hasard soient taxés par la loi fiscale ne supprime pas leur caractère illicite sur le plan pénal[493].

2. L'autonomie conceptuelle du droit pénal

Par autonomie conceptuelle, on entend le fait que le juge pénal peut utiliser des concepts empruntés à d'autres branches du droit en leur donnant un sens pénal propre, différent de leur sens originaire dans la branche juridique d'emprunt[494]. Autrement dit, le juge pénal peut emprunter un concept juridique à une autre branche du droit et le traduire pour lui donner un sens « pénal » spécifique.

Une illustration de cette question est donnée par un arrêt du 11 février 1987 de la Cour de cassation. Les faits étaient les suivants : au cours d'une opération, un médecin commet une négligence qui entraîne la mort d'un enfant « en train de naître ». La question se posant à la Cour était de savoir si l'on pouvait condamner ce médecin pour homicide involontaire dès lors que, en regard des articles 418 et 419 du Code pénal, l'homicide involontaire suppose un acte commis à l'encontre d'une « personne ». Or, en droit civil, une « personne » suppose un enfant « né vivant et viable ». A s'en tenir au sens originaire du terme en droit civil, il ne pouvait y avoir ici d'homicide involontaire puisque l'enfant « en train de naître » n'était pas encore une « personne » au sens du droit civil. Néanmoins, la Cour va admettre, au nom de l'autonomie du droit pénal, qu'en droit pénal la notion de « personne » reçoit un sens spécifique et englobe « l'enfant en train de naître », ce qui rendait applicables les articles 418

---

491 *Cf.* notamment M. DELMAS-MARTY, "L'enjeu d'un Code pénal. (Réflexions sur l'inflation des lois pénales en France)", *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, pp. 165 et s.

492 Cass. Fr., 25 janvier 1979, *J. P. C.,* 1979, II, 19.143.

493 Bruxelles, 2 mars 1983, *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, p. 268.

494 Cass., 27 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 704 ; Cass., 25 février 1997, *IDj*, 1997, n° 8, p. 50.

et 419 CP en l'espèce. L'autonomie conceptuelle du droit pénal a donc permis de s'écarter des critères du droit civil pour donner à la notion de personne un sens pénal propre[495].

3. L'autonomie procédurale du droit pénal

Une dernière dimension de l'autonomie du droit pénal réside, enfin, dans son autonomie procédurale. De ce point de vue, on peut rappeler que le procès pénal jouit, en règle générale, d'une indépendance complète par rapport aux procès non répressifs qui porteraient sur les mêmes faits. Le principe traditionnel selon lequel « le pénal tient le civil en état »[496] en constitue la consécration la plus radicale. Ce principe implique que l'exercice de l'action civile devant un juge civil soit suspendue aussi longtemps que le juge pénal n'a pas statué sur l'action publique. Toutefois, ce principe n'est pas absolu et il y est parfois dérogé par la technique des « questions préjudicielles », notamment en matière fiscale[497]. La loi du 8 juin 2017 est venue limiter la portée de ce principe, en le conditionnant et en y ajoutant la possibilité d'y déroger par la loi. Il est ainsi prévu que le pénal ne tienne le civil en état, qu'à condition qu'il existe un risque de contradiction entre les décisions des juges civil et pénal[498].

Section 3. Les divisions du droit pénal

Le droit pénal est, comme toute discipline juridique, traversé de multiples divisions dont nous reconnaissons volontiers le caractère relativement conventionnel. Celles-ci présentent toutefois l'avantage de déterminer les différentes *matières* qui sont susceptibles d'être couvertes par le droit pénal au sens large et, dès lors, de prendre la mesure des évolutions qui s'y dessinent. Nous nous situerons successivement au niveau international et au niveau interne.

§ 1. Le droit international

La loi pénale est, en principe, territoriale[499]. Cependant, certaines infractions peuvent relever de l'ordre international, parce qu'elles sont définies par conventions entre États ou découlent de décisions onusiennes ou du *ius cogens*. Ces infractions (comme le crime de génocide, par exemple) sont d'une nature considérée comme internationale et appartiennent au *droit international pénal* (A). Par ailleurs, dans certaines situations, la mise en œuvre du droit pénal national implique une dimension inter- ou transnationale : c'est là le champ du *droit pénal international* (B). Le développement du *droit pénal européen* mérite, par ailleurs, une attention particulière dans la mesure où il s'impose de manière croissante aux ordres juridiques internes (C).

A. Le droit international pénal

Cette branche du droit concerne des faits qui sont érigés en infraction sur le plan international ; on la qualifie aussi de droit international matériel, de droit des infractions internationales ou, plus informellement, de droit des crimes « les plus graves »[500].

---

495 Cass., 11 février 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 815.

496 Ce principe est consacré par l'article 4 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

497 J. KIRKPATRICK, "La règle 'le criminel tient le civil en état' ne s'applique pas au juge fiscal", *J.T.*, 2004, pp. 572 et s.; A. BELLENS, "Le criminel tient le fiscal en état?", *R.A.G.B.*, 2006, pp. 1296 et s.

498 L. TEPER, « Point sur le pénal tient le civil en état », *J.T.*, 2018, pp. 251 – 252.

499 *Cf. infra*, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité.

500 Pour une approche généraliste de cette branche de droit, voyez : H. ASCENSIO, E. DECAUX, et A. PELLET (eds.), *Droit international pénal*, 2e éd., Paris, Pedone, 2021 ; K. HELLER, F. MÉGRET, S. NOUWEN, J. OHLIN, et D. ROBINSON (eds.), *The Oxford Handbook of*

Elle s'est surtout développée après la Deuxième Guerre mondiale et avait traditionnellement pour objet la répression des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et du crime de génocide. Aujourd'hui, le droit international pénal s'étend à de nouvelles infractions : crime d'agression, terrorisme, torture, stupéfiants, piraterie aérienne, faux-monnayage, traite des femmes et des enfants, vol de matières nucléaires, crimes environnementaux, etc.

On distingue le droit international pénal du droit international humanitaire, que l'on peut définir sommairement comme le « droit des conflits armés », tout comme du droit international des droits fondamentaux, bien que ces branches de droit soient logiquement corrélées.

Aux fins de baliser cette branche de droit, nous analyserons successivement sa nature conventionnelle (1), les difficultés rencontrées dans sa mise-en-œuvre et l'expansion qu'elle a connue depuis quelques décennies (2) puis, enfin, l'étape décisive qu'elle a franchie par la création de la Cour pénale internationale (3).

1. Un droit pénal essentiellement conventionnel

Les instruments juridiques qui établissent le droit international pénal sont principalement des *conventions* dont l'objet porte sur des infractions reconnues par les Etats au niveau international. En-dehors des conventions, il existe les statuts des TPI *ad hoc* (aujourd'hui : « Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux »).

Les conventions conclues entre Etats sont soumises, quant à leur mise en œuvre, aux règles du droit international général. Si certaines peuvent comporter des dispositions directement applicables[501], la plupart engagent les États à introduire des réformes matérielles ou formelles dans leurs droits nationaux pour transposer dans l'ordre interne le contenu de la convention ratifiée : l'État est alors amené à incriminer certains faits et à prévoir des peines conformément à la convention, modifiant ainsi son droit pénal interne[502]. Les États s'engagent en général aussi à s'accorder l'entraide et l'extradition dans les matières couvertes par la convention en cause.

Parmi les conventions conclues **au niveau de l'O.N.U.**, on peut par exemple citer :

- la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de *génocide* (ratifiée le 5 septembre 1951) ;
- en ce qui concerne les *crimes de guerre,* les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (approuvées par la loi du 3 septembre 1952) et les protocoles additionnels relatifs à la protection des victimes des conflits armés du 8 juin 1977 (loi d'approbation du 16 avril 1986) ;
- en ce qui concerne le *terrorisme*, la Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970 (loi d'approbation du 2 juin 1973), la Convention de Montréal pour la répression des actes illicites contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971 (loi d'approbation du 20 juillet 1976), la Convention de New York pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 (loi d'assentiment du 26

International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2020 ; A. CASSESE, *Cassese's International criminal law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013 ; R. KOLB et D. SCALIA (éds.), *Droit international pénal*. *Précis*, 2e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012.

501 Une règle d'un traité est directement applicable lorsqu'elle impose aux États une obligation déterminée de faire ou de ne pas faire, qu'elle est suffisamment précise et complète et qu'elle peut être invoquée comme un droit qui leur est propre par les justiciables dans ces États (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Le juge belge à l'heure du droit international", *J.T.*, 1969, p. 543).

502 Ainsi, la loi du 14 juin 2002 de mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies du 10 décembre 1984 (*M.B.*, 14 août 2002) introduit dans le Code pénal de nouvelles dispositions qui définissent ces notions (art. 417*bis*) et qui incriminent respectivement la torture (art. 417*ter*), le traitement inhumain (art. 417*quater*) et le traitement dégradant (art. 417*quinquies*).

avril 2005), la Convention de New York du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (loi d'assentiment du 30 mars 2004), la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire de New York du 14 septembre 2005 (loi d'assentiment du 19 septembre 2009) et la Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, adoptée à Beijing le 10 septembre 2010 ;

- en ce qui concerne le *trafic des drogues* : la Convention unique sur les stupéfiants de New York du 30 mars 1961 (approuvée par la loi du 20 août 1969), la Convention de Vienne sur les substances psychotropes du 21 février 1971 (loi d'assentiment du 25 juin 1992) et la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de Vienne du 20 décembre 1988 (loi d'approbation du 6 août 1993) ;
- en ce qui concerne la *criminalité organisée* : la Convention pour la répression du faux monnayage du 20 avril 1929 (loi d'approbation du 19 mai 1932), la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de New York du 21 mai 1950 (approuvée par la loi du 6 mai 1965) et la Convention contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 avec les protocoles additionnels du même jour relatifs à la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et au trafic illicite de migrants ainsi qu'un protocole complémentaire du 31 mai 2001 contre la fabrication et le trafic illicite des armes à feu (loi d'assentiment du 24 juin 2004) ;
- en ce qui concerne le *racisme*, la Convention de New York du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (approuvée par la loi du 9 juillet 1975) ;
- en ce qui concerne la *torture*, la Convention de New-York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (loi du 9 juin 1999) ainsi que le Protocole facultatif du 18 décembre 2002 (signé par la Belgique le 24 octobre 2005 mais pas encore ratifié) ;
- au sujet des *disparitions forcées*, la Convention de New York du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (ratification le 2 juin 2011 via une procédure d'assentiment mixte incluant les Communautés et les Régions).

Au niveau du **Conseil de l'Europe**, nous évoquerons à titre d'exemple :

- la Convention du 27 janvier 1977 pour la répression du *terrorisme* (ratifiée le 31 octobre 1985), complétée par la Convention du 16 mai 2005 pour la *prévention du terrorisme* (signée mais non ratifiée par la Belgique) ;
- la Convention du 8 novembre 1990 relative au *blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime* (ratifiée le 28 janvier 1998), complétée par la Convention du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au *financement du terrorisme* (ratifiée le 17 septembre 2009) ;
- la Convention du 9 septembre 1998 sur la protection de l'*environnement* par le droit pénal (signée mais non ratifiée) ;
- la Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la *corruption* (ratifiée le 23 mars 2004) ;
- la Convention sur la *cybercriminalité* du 23 novembre 2001 (ratifiée le 20 août 2012) ;
- la Convention du 16 mai 2005 sur la lutte contre la *traite des êtres humains* (ratifiée le 27 avril 2009) ;
- la Convention du 25 octobre 2007 sur la *protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels* (ratifiée le 8 mars 2013) ;
- la Convention du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (ratifiée le 14 mars 2013) ;
- la Convention du 25 mars 2015 contre le trafic d'organes humains (signée mais non ratifiée par la Belgique).

2. Une mise en œuvre difficile, une expansion indéniable

Pendant longtemps, la répression des infractions internationales a rencontré des résistances, au vu tout particulièrement de sa nature politique : l'intervention (par des États tiers et/ou au

nom de l'O.N.U.) dans l'exercice du pouvoir pénal porte en effet partiellement atteinte à la souveraineté qu'entendent conserver les États.

Sur le plan interne, les difficultés étaient et sont encore importantes. Ces conventions sont en effet soumises aux règles du droit international général en ce qui concerne leur mise en œuvre. Dès lors, si certaines de ces conventions comportent des dispositions directement applicables, la plupart engagent les Etats à introduire des réformes matérielles ou formelles dans leur droit national. Il y a donc généralement un mécanisme d'approbation ou de transposition en droit interne. Or, les États tardent souvent à mettre leur législation en conformité avec les obligations internationales qu'ils ont contractées. Pour exemple, les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui relèvent du droit international pénal en ce qu'elles traitent des crimes de guerre, ont été ratifiées en Belgique par la loi du 3 septembre 1952 mais n'ont été « traduites » dans l'ordre juridique belge que par la loi du 16 juin 1993 'relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions'.

Cette loi du 16 juin 1993 sera par ailleurs modifiée par la loi belge du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire. La loi de 1999, qui modifie l'intitulé de la loi du 16 juin 1993, étend son champ d'application aux crimes contre l'humanité et au crime de génocide (définis pour la première fois en droit belge) et déterminera les sanctions qui leur sont applicables. Le législateur belge y a même dépassé ses obligations conventionnelles, au point d'être considéré par certains comme un pionnier, en disposant notamment que « l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la loi » (art. 5) : comme nous le verrons, la loi octroie ainsi aux juridictions belges une compétence dite *universelle* qui sera source de tensions diplomatiques importantes. Ceci amènera le législateur à en revenir à des critères de compétence plus classiques par deux lois de 2003[503].

Sur le *plan international* ensuite, la question de créer une juridiction *internationale* pénale est restée longtemps problématique. Si, dès avant la deuxième guerre mondiale, les discussions relatives à la création d'une juridiction internationale sont initiées (notamment au sein de l'Association de droit international et de l'Association internationale de droit pénal), les initiatives sont restées timides et, *in fine,* sans résultats probants[504]. Le premier projet d'envergure remonte à la deuxième guerre mondiale, avec la création des tribunaux de Nuremberg (1946) et de Tokyo (1947), chargés tous deux de juger les crimes commis avant et pendant la deuxième guerre mondiale. Créé par l'Accord signé à Londres le 8 août 1945, Le Tribunal Militaire International de Nuremberg semble *a priori* novateur. Sa création est l'occasion de définir pour la première fois juridiquement les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Son (unique) jugement mènera à la condamnation de dignitaires du régime nazi par une autorité judiciaire. Son action sera toutefois critiquée comme illustration d'une « justice de vainqueurs » et comme contraire à certains principes fondamentaux du droit pénal (le principe de non rétroactivité du droit pénal notamment, dans la mesure où les condamnations se feront sur la base d'infractions nouvelles, qui n'existaient pas comme telles dans des lois écrites au moment de leur commission).

---

503 Voy. *infra*, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 2. *Ratione loci*, B. Les cas de compétence extraterritoriale, 2. La compétence universelle.

504 Voy. notamment M.C. BASSIOUNI, *A Draft International Criminal Code an Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 2 et ss..

Quarante ans plus tard, deux tribunaux *ad hoc* sont créés pour juger des crimes de droit international humanitaire (DIH) commis dans deux contextes spécifiques. En 1993, le *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* (TPIY) est créé par la résolution 827 du Conseil de sécurité du 25 mai 1993 : son rôle est de juger les crimes de DIH commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991 ; un an plus tard, la Résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 8 novembre 1994 crée le *Tribunal Pénal International pour le Rwanda* (TPIR) pour juger les crimes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 au Rwanda[505]. La jurisprudence de ces deux juridictions, appelées « TPI » ou « tribunaux *ad hoc* » au vu de leur objet circonscrit (*ratione loci et temporae*), a considérablement consolidé le droit international pénal en tant que branche de droit : la définition des crimes, l'articulation des compétences nationales et internationales, les principes généraux du droit ou encore l'ensemble de la procédure applicable en la matière y ont connu un développement indéniable[506]. La création de ces deux tribunaux *ad hoc* soutiendra, au sein des Nations Unies dans les années 1990, le projet de création d'une Cour pénale internationale permanente[507].

À côté des juridictions purement internationales, un autre modèle de juridiction a émergé, à savoir les juridictions *internationalisées, hybrides* ou *mixtes*. Ces tribunaux spéciaux sont ainsi qualifiés car ils présentent une dimension à la fois interne et internationale, au niveau de leur personnel, et du droit et de la procédure applicables. Leur fondation s'intègre dans le même mouvement d'expansion du droit international pénal que les TPI, bien que sous une forme plus proche du droit interne, et elle a toujours une vocation temporaire. Certaines de ces juridictions ont vu le jour avant la mise en place de la Cour pénale internationale, à savoir celles créées au Timor Oriental (2000), au Kosovo (2000) et en Sierra Leone (2002). D'autres ont été mises sur pied alors que la Cour fonctionnait déjà. Une première vague de ces juridictions comprend les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (2003), la Chambre spéciale pour les crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine (2004), le Tribunal spécial pour le Liban (2007). Récemment, nous assistons à une seconde vague de création de ces juridictions, qui remettent en cause les critères « classiques » d'appartenance à cette catégorie (notamment l'implication des Nations Unies), à savoir : les Chambres africaines extraordinaires au Sénégal pour juger Hissein Habré (2012-2013), la Cour spéciale centrafricaine (2015) et le Tribunal Spécial pour les crimes de guerre commis au Kosovo (2015-2016). L'intérêt grandissant pour cette catégorie de juridictions est illustré non seulement par la création de ces récentes juridictions, mais aussi par les nombreuses propositions qui sont faites en vue d'en créer d'autres (en Syrie, au Sri Lanka, en Corée du Nord, en Israël, au Sud-Soudan, en République Démocratique du Congo, etc.)[508].

La jurisprudence de ces différentes juridictions pénales internationales est présentée dans la chronique de droit international pénal publié deux fois par an dans la *Revue de droit pénal et de criminologie*.

---

505 Voyez e.a. M.A. SWARTENBROECKX, Le tribunal international pour le Rwanda, *La justice internationale face au drame rwandais, op. cit.*, pp. 103 et sv.

506 Les Tribunaux Pénaux Internationaux, qui ont siégé respectivement à La Haye (pour le TPIY) et Arusha (pour le TPIR), n'étaient pas pérennes et ont donc été fermés après plusieurs années d'activité ; leurs affaires encore pendantes sont traitées par le 'Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux', créé par la Résolution 651 du CSNU, 22 décembre 2010, et appelé à disparaître sous peu.

507 La justice pénale internationale. Perspectives historiques et contemporaines, *Rev. int. dr. pén.*, 1996, n° 1-2, pp. 117 et sv.

508 Voy. à cet égard le dossier spécial de La Revue belge de droit international n°XLX, intitulé « Les juridictions pénales internationalisées : un modèle de promesses et de désillusion », dirigé par Damien Scalia et Olivia Nederlandt, Bruxelles, Bruylant, 2018.

3. La Cour pénale internationale, une étape décisive

La création des tribunaux *ad hoc* ainsi que le mouvement politique d'opposition à « l'impunité » ont soutenu l'évolution du droit international pénal, au point de mener à la création d'une juridiction internationale permanente, à vocation mondiale : la Cour pénale internationale (CPI). Nous en étudierons ici les lignes de force, retraçant brièvement l'histoire de sa création (a), les limites de ses compétences (b), ses modes de saisine (c) et les principes généraux du droit pénal qu'elle doit respecter (d).

a) La création de la CPI

Après de longs débats au sein de l'ONU, entamés dans les années 1980 et de plus en plus intensifs au cours des années 1990, une conférence diplomatique organisée par l'Assemblée générale des Nations Unies a permis de finaliser la négociation du 'Statut de Rome de la Cour pénale internationale'. Ouvert à la signature en date du 17 juillet 1998, le « Statut de Rome » (ci-après StCPI) est entré en vigueur le 1er juillet 2002. Concrètement, la CPI est compétente pour les crimes prévus par le Statut commis à partir du 1er juillet 2002.

La Cour siège à La Haye. Au 24 juillet 2021, on dénombre 123 États parties à son Statut[509]. Certains États importants d'un point de vue politique autant que démographique manquent néanmoins à l'appel (les États-Unis, la Chine et l'Inde, notamment).

Si la Cour a paru constituer l'apogée d'un grand projet de justice, elle fait aujourd'hui l'objet d'autant d'espoirs que de critiques, au sujet de la lenteur de ses procédures (9 condamnations et 4 acquittements ont été prononcés en 19 ans d'activité) et, surtout, de sa difficulté à articuler les aspects juridiques et politiques de son champ. Nombre de dirigeants de pays du Sud notamment critiquent l'action sélective de la Cour, perçue comme une « justice de puissants » qui ne s'intéresse qu'aux crimes commis sur le continent africain[510]. Néanmoins, la majeure partie des affaires ont trait à des situations renvoyées par des Etats africains.

La mise en conformité du droit belge avec le Statut de la CPI a fait l'objet de plusieurs interventions du législateur. Quant au droit matériel, les lois du 23 avril 2003 et du 5 août 2003 ont inscrit les incriminations prévues par le Statut de la CPI aux articles 136*bis* à 136*octies* du Code pénal. Sur le plan procédural, la loi du 29 mars 2004 'concernant la coopération avec la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux' (complétée ultérieurement pour inclure certaines juridictions internationalisées) régit la façon dont la Belgique s'acquitte de ses obligations à l'égard de la Cour ; on relève, à titre d'exemple, que c'est sur cette base que Jean-Pierre Bemba, sous le coup d'un mandat d'arrêt émis par la CPI, a été arrêté par les forces de police belges, en 2008[511].

b) Compétence de la CPI

La compétence de la Cour pénale internationale est définie par son Statut.

---

509 Voyez la liste des Etats membres sur le site de la Cour : https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

510 La Cour est par ailleurs également critiquée par des Etats du Nord. Ainsi, le 10 septembre 2018, le conseiller américain à la Sécurité nationale, John Bolton, a qualifié la CPI de "*Cour illégitime*", refusant à la Cour le droit de poursuivre des citoyens américains pour d'éventuels crimes de guerre commis en Afghanistan ou de mener des enquêtes contre "Israël ou d'autres alliés", menaçant de sanctions tout pays tiers qui aiderait la CPI dans son travail (*La Libre Belgique*, 12/09/2018).

511 J.P. Bemba sera acquitté en degré d'appel de l'accusation de crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en Centrafrique en juin 2018.

On y lit que la CPI est une juridiction permanente[512] (StCPI, art.1) : elle a vocation à durer, contrairement aux TPI *ad hoc* et aux juridictions internationalisées. En vertu du principe général de non-rétroactivité (StCPI, art. 24), elle est incompétente pour tout événement antérieur à l'entrée en vigueur de son Statut, c'est-à-dire au 1er juillet 2002 ou, pour les Etats ayant ratifié le Statut ultérieurement, à la date d'entrée en vigueur qui les concerne – à moins qu'ils n'aient consenti à ce que la Cour puisse juger des faits commis antérieurement à leur ratification du Statut (StCPI, art. 11 et 12).

Ratione personae, la compétence de la Cour est limitée aux personnes *physiques* ; plus précisément, la CPI ne peut juger que les individus âgés d'au moins 18 ans au moment où l'infraction concernée a été commise, sur base du principe de la responsabilité pénale individuelle (StCPI, art. 25-26).

Matériellement (*ratione materiae*), la Cour est compétente pour les crimes internationaux « les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale " » (StCPI, Préambule et art. 5). Aux termes du Statut de Rome, ceci recouvre quatre catégories d'infractions (StCPI, art. 6 à 8*bis*), commis dans le cadre de conflits armés internationaux ou internes au Etats (mais alors, dans ce dernier cas, d'une certaine intensité, ce qui exclut les cas d'émeutes ou de violences sporadiques) :

- les *crimes de guerre* (dans la liste desquels figurent, notamment, les crimes sexuels et l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans l'armée ainsi que leur participation active aux hostilités),
- les *crimes contre l'humanité* (qui impliquent une attaque systématique contre la population civile sous différentes formes: extermination, esclavage, déportation, persécutions, disparitions forcées, apartheid, torture, viol, grossesse et stérilisation forcées),
- les crimes de *génocide* (en ce compris les mesures visant à entraver les naissances d'enfants au sein d'un groupe ou le transfert forcé d'enfants)
- et, ce qui constitue une innovation, les crimes *d'agression* (lesquels impliquent l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État). Dans ce dernier cas, toutefois, la Charte des Nations Unies doit être respectée : il appartient d'abord au Conseil de sécurité de déclarer qu'il y a effectivement eu agression. Cette déclaration conditionne les poursuites par le Procureur de la Cour (articles 15*bis* et 15*ter* du Statut).

On notera que, malgré la demande de certains Etats, la liste des crimes de DIH ne comprend ni le crime de terrorisme, ni le trafic de stupéfiants.

L'article 12 du StCPI subordonne la compétence de la Cour à l'existence d'un lien de rattachement avec l'un des États parties au Statut de Rome ou ayant accepté la compétence de la Cour. La Cour est compétente (sous réserve que les autres critères de compétence soient également remplis) pour juger tout crime commis *sur le territoire* d'un État partie ou ayant accepté la compétence de la Cour, quelle que soit la nationalité du suspect et l'état de ratification du StCPI par l'État dont il est ressortissant (art. 12, al.2,a) et pour juger tout *ressortissant* d'un Etat partie ou ayant accepté la compétence de la Cour (art.12, al.2,b). Ces critères de territorialité et de personnalité active sont alternatifs : ils peuvent être mobilisés l'un et/ou l'autre pour justifier la compétence de la Cour. Dans les deux cas, la formule

[512] Ceci contrairement aux Tribunaux *ad hoc* (internationaux et internationalisés) qui ont été créés par ailleurs.

« ayant accepté la compétence de la Cour » étend la compétence de celle-ci pour les crimes visés, aux États non parties au Statut qui en auraient « seulement » accepté la compétence.

Cette exigence d'un lien de rattachement, nécessaire à l'exercice de sa juridiction, montre que la compétence de la CPI n'est pas universelle (mais bien territoriale et/ou personnelle). La compétence de la Cour peut cependant être considérée comme universelle dans les situations visées par l'article 13*b* du StCPI : cette disposition prévoit que le Conseil de Sécurité peut déférer au Procureur de la Cour une situation dans laquelle un des crimes envisagés au Statut a été commis. Or, comme l'article 25 de la Charte des NU dispose que les décisions du Conseil de Sécurité ont force obligatoire pour tout État membre de l'ONU, un État non partie au Statut de Rome ou n'acceptant pas sa compétence peut voir la CPI intervenir sur son territoire ou à l'égard de ses ressortissants. Ce mode de saisine s'est vu activé en 2005, lorsque le Conseil de Sécurité a déféré la situation du Darfour à la Cour sans que le Soudan ne soit un Etat partie au Statut de Rome, ainsi qu'en 2011, pour la situation libyenne.

Enfin, qu'elle ait un fondement territorial, personnel ou universel, la compétence de la CPI est toujours « complémentaire » à celle des juridictions pénales nationales (StCPI, Préambule et art. 1 et 17). A l'inverse du TPIY et du TPIR, dont la compétence primait celle des États, la Cour est en effet soumise à un principe proche de la subsidiarité : elle n'intervient que lorsque les États présentent une « incapacité » ou un « manque de volonté » de mener « véritablement à bien » les enquêtes, poursuites et jugements pour lesquels ils sont compétents du point de vue territorial ou personnel (StCPI, art. 17). Ce mécanisme a émergé des négociations du Statut afin que les Etats conservent leur souveraineté tout en prévoyant des verrous de sécurité à l'impunité.

Cette compétence « complémentaire » suppose donc que la Cour, saisie d'une affaire, vérifie la recevabilité de l'affaire et donc sa compétence. Le caractère « complémentaire » de sa compétence entraine trois conséquences :

- une affaire devant la CPI sera jugée irrecevable par la Cour si l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, *sauf* s'il s'avère que « cet Etat n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites » (art. 17, al.1,a).
- l'affaire sera également jugée irrecevable par la CPI, s'il s'avère qu'elle a fait l'objet d'une enquête de la part d'un Etat ayant compétence et que cet État a décidé de ne pas poursuivre – *sauf*, à nouveau, si cette décision de ne pas poursuivre résulte « du manque de volonté ou de l'incapacité de l'Etat de mener véritablement à bien des poursuites » (art. 17, al.1, b).
- un État qui se sent dans l'incapacité de mener à bien les poursuites peut choisir de déférer une situation au procureur de la CPI (art. 14).

L'objectif de la complémentarité est d'encourager les États à agir par eux-mêmes tout en garantissant qu'aucun crime international ne demeure impuni : c'est à défaut d'intervention ou en cas d'intervention « factice » des États compétents que la CPI intervient dans leurs affaires internes. Le mécanisme de la complémentarité ne règle pas toutes les difficultés pour autant : d'une part, il peut être instrumentalisé[513] ; d'autre part, la Cour ne dispose pas de forces de police qui lui soient propres et dépend donc toujours des États (manquant éventuellement de la volonté ou de la capacité d'agir) pour arrêter les suspects, collecter les preuves, enquêter sur le terrain, etc.

---

[513] Ainsi certains ont-ils considéré que la déclaration d'incapacité de la République démocratique du Congo avait permis à ses autorités de s'offrir à moindres frais l'éviction de certains opposants politiques.

On notera par ailleurs que l'application du principe *non bis in idem* par la Cour aux affaires déjà jugées par une juridiction étatique compétente traduit la même philosophie. En effet, aux termes de l'article 20, al.3, la Cour ne sera pas compétente pour juger une affaire qui aurait déjà fait l'objet d'une décision d'acquittement ou de condamnation par une autre juridiction compétente, *sauf* si :

- la procédure concernée « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale… » (art. 20, al.3, a)
- la procédure concernée « n'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale… mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice » (art.20, al.3,b).

On notera encore que la Cour fait application du principe *non bis in idem* à l'encontre de ses propres jugements antérieurs (art.20, al.1)

c) Saisine de la CPI

En toute cohérence avec les fondements de sa compétence (exposés ci-dessus) et en vertu des articles 13 à 16 du StCPI, la Cour pénale internationale peut être saisie de trois façons distinctes :

- son *procureur* peut faire valoir son indépendance et ouvrir une enquête de sa propre initiative (StCPI, art. 13, c, et 15, al. 1) : sauf en ce qui concerne le crime d'agression (voy. *supra*), il n'a pas besoin d'autorisation du Conseil de sécurité. On note en outre que l'action du procureur ne s'articule pas à celle d'un juge d'instruction : la procédure devant la Cour étant orale et contradictoire, le seul maître des enquêtes et poursuites est le Bureau du Procureur ;
- une situation peut être déférée au procureur de la CPI par un *État partie* (StCPI, art. 13, a, et 14) ;
- une situation peut être déférée par le *Conseil de Sécurité* des Nations Unies (StCPI, art. 13, b, renvoyant à la Charte des NU, Chap. VII) quand il y a menace contre la paix, rupture de la paix ou acte d'agression).

On note par ailleurs que le Conseil de Sécurité peut suspendre les enquêtes et poursuites menées devant la CPI, pendant une durée renouvelable de 12 mois (StCPI, art. 16).

d) Principes généraux du droit pénal

La CPI applique les principes généraux qui fondent la plupart des ordres pénaux internes, dont :

- le principe *ne bis in idem* (StCPI art.20). Ce principe s'impose à la Cour en regard de ses propres décisions antérieures (StCPI art.20, al. 1) ; Il s'impose aux Etats dont les juridictions ne peuvent juger une personne acquittée ou condamnée par la Cour (StCPI art.20, al.2) ; il s'impose à la Cour, en vertu de sa compétence complémentaire, aux personnes déjà jugées par une autre juridiction compétente, sauf si la procédure menée apparaissait « factice » (StCPI art.20, al. 3, a et b).
- la *légalité des délits et des peines* (StCPI, art. 22 et 23).
  Au sujet des peines, ce principe implique que les seules peines qui puissent être prononcées par la CPI sont celles que prévoit l'article 77 du Statut de Rome, soit l'emprisonnement pour 30 ans maximum, voire à perpétuité dans certains cas extrêmes, auquel peuvent s'ajouter deux peines accessoires (amende et/ou confiscation

des profits, avoirs et biens tirés du crime). Cette disposition prévoyant un régime général de peines, sans attacher une peine spécifique à chaque infraction, est considérée par certains comme insuffisante à l'aune du principe de légalité.
On relève par ailleurs le positionnement abolitionniste adopté dans le StCPI : alors même que les crimes dits « les plus graves » y sont définis, la peine de mort n'y a pas été inscrite.

- la *non rétroactivité de la loi pénale* (StCPI, art. 24) : comme indiqué ci-dessus, la Cour n'a compétence que pour les crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut, en général ou dans l'État concerné. Le Statut prévoit cependant le principe de la *rétroactivité d'une loi pénale plus douce* : si le droit pénal applicable à un cas est modifié avant le jugement définitif, dans un sens plus favorable au prévenu, c'est ce droit qui s'applique ;
- l'*interprétation stricte* de la loi pénale : la définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambigüité, la définition est interprétée en faveur de l'inculpé ou de l'accusé (StCPI, art. 22, §2) ;
- la responsabilité personnelle (voy. *supra*) ;
- le rejet des immunités (StCPI, art. 27) ;
- la recevabilité de plusieurs causes de justification (par exemple la légitime défense - StCPI, art. 31§1) ;
- la recevabilité de plusieurs causes de non imputabilité (par exemple la contrainte irrésistible, StCPI, art. 31§1er).

Parmi les principes généraux mobilisés par la CPI, on relève enfin, et tout particulièrement, l'imprescriptibilité des crimes (StCPI, art. 29) : nul « droit à l'oubli » ne s'applique à ces crimes « les plus graves ». Le droit belge est conforme à ce principe pour le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité (C. pén., art. 91 et Titre préliminaire du C.I.Cr., art. 21).

B. Le droit pénal international

La réalisation d'une infraction, la poursuite ou le jugement de celle-ci peuvent dépasser les limites d'un territoire et, dès lors, impliquer plusieurs Etats[514]. Le droit pénal international couvre à cet égard deux ensembles de règles qui relèvent en principe de la procédure pénale (c'est pourquoi on le qualifie aussi de droit international *formel* ou *procédural*)[515] :

- d'une part, les règles qui déterminent le champ d'application de la loi pénale sur le plan international, c'est-à-dire celles qui organisent l'extension de compétence des juridictions belges pour les infractions commises à l'étranger. Ces règles se trouvent reprises aux articles 6 à 14 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale[516] ;

- d'autre part, les règles qui organisent la collaboration entre les Etats dans l'administration de la justice pénale (entraide judiciaire, extradition, transmission des poursuites, exécution des jugements étrangers)[517]. Sous ce dernier aspect, le droit pénal international est également

514 La qualification utilisée par les auteurs néerlandophones, *strafrechtsaanwendingsrecht*, indique bien le contenu de ce droit. Sur l'ensemble de cette matière, voy. Fr. THOMAS, *Internationale rechtshulp in strafzaken, Algemene praktische rechtsverzameling*, Anvers, E. Story-Scientia, 1998.

515 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Liège, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège et Jeune Barreau de Liège, 1989, pp. 1051-1101.

516 Voy. *infra*, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 2. *Ratione loci*, B. Les cas de compétence extra-territoriale.

517 D. VANDERMEERSCH, "L'entraide judiciaire internationale au stade de l'instruction préparatoire", *La justice pénale et l'Europe*, sous la direction de Fr. TULKENS et H.-D. BOSLY, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 397 et s. et 405 et s.; A. WINANTS, "De wet van 9 december 2004

largement *conventionnel*, en ce sens qu'il est déterminé soit par des conventions bilatérales[518], soit par des conventions multilatérales au niveau régional[519] et au niveau européen où le Conseil de l'Europe et l'Union européenne jouent un rôle moteur[520].

C. L'émergence et le développement d'un droit pénal européen

La construction européenne, entamée dès les lendemains de la deuxième guerre mondiale, n'entraîne pas seulement des changements économiques. Elle bouleverse aussi les systèmes de normes de nos sociétés et souligne la place croissante prise au fil des ans par un « espace pénal européen » appelé à structurer le droit pénal des Etats membres. On le sait, il n'y a pas une Europe mais des Europe(s) entre lesquelles des complémentarités doivent se construire et se développer[521]. Aussi, évoquerons-nous, tout d'abord, le rôle du Conseil de l'Europe et examinerons-nous, ensuite, la place du pénal dans ce qui est devenu aujourd'hui l'Union européenne.

1. Le Conseil de l'Europe

Créé en 1949, le Conseil de l'Europe contribue à la création d'une « culture ou d'une identité pénale européenne »[522], *via* l'adoption de conventions internationales et de divers instruments de « soft law » (droit non contraignant mais incitatif). En effet, diverses recommandations du Comité des ministres aux Etats membres[523], ainsi que de nombreuses recommandations, résolutions, avis ou directives de l'Assemblée parlementaire[524] concernent différents aspects du système de justice pénale. Ces instruments, de nature politique, sont susceptibles de susciter et d'inspirer des réformes dans les différents Etats membres et s'adressent aux législateurs nationaux.

Au sein même de l'organisation, un « Comité européen pour les problèmes criminels » est créé en 1956. Rebaptisé plus tard « Comité directeur pour les problèmes criminels » (CDPC), cet organe poursuit des travaux de nature plutôt doctrinale qui visent à inspirer des politiques criminelles communes ou à soutenir l'action des organes politiques du Conseil. Si son activité s'est sensiblement réduite ces dernières années, le CDPC a néanmoins largement contribué à la création d'un savoir criminologique dans la durée. Il aura aussi été un lieu « où se sont construites des normes éthiques », et notamment « une morale des modes d'emploi des normes pénales »[525].

---

betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken", in A. DE NAUW (éd.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 189 et s.

518 Voy., par exemple, la Convention du 7 juillet 1997 entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc sur l'extradition, approuvée par la loi du 24 février 2005 (*M.B.*, 29 avril 2005). Pour un cas d'application, voy. Cass., 15 juin 2010.

519 Le Benelux a servi de précurseur et le *Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire* du 27 juin 1962 (ratifié par la loi du 1er juin 1964) est considéré comme un modèle du genre.

520 Voy., de manière générale, Fl. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2005.

521 Voy. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009 (l'ouvrage couvre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne) ; D. FLORE, *Droit pénal européen : les enjeux d'une justice pénale européenne*, 3e ed., Bruxelles, Larcier, 2021.

522 G. KELLENS, "L'Europe criminologique", *Mélanges Dehousse. La construction européenne*, t. II, Paris, Nathan, 1979, pp. 55 et s.; P. PONCELA et R. ROTH, "Quelles sanctions pour quelle Europe?", *Archives de politique criminelle*, 2005, pp. 107 et s.

523 Les Recommandations s'appelaient Résolutions jusqu'en 1978. Voy. http://www.coe.int/t/cm/home_ fr.asp.

524 Les Recommandations comportent des propositions adressées au Comité des ministres dont l'application est du ressort des gouvernements. Les Résolutions reflètent les décisions de l'Assemblée sur des questions qu'elle est habilitée à régler ou l'expression d'opinions qui engagent sa seule responsabilité. Les Avis sont essentiellement formulés par l'Assemblée sur les questions qui lui sont soumises par le Comité des ministres tels que les projets de convention. Les Directives, enfin, sont les instructions adressées par l'Assemblée à une ou plusieurs de ses commissions. Voy. http://assembly.coe.int/DefaultF.asp.

525 C. FAUGERON ET L. HULSMAN, « Le développement de la criminologie au sein du Conseil de l'Europe : état et perspectives », *La justice pénale et l'Europe, op. cit.*, p. 44.

Trois domaines principaux sont couverts par les activités du Conseil de l'Europe en matière pénale :

1. Le premier domaine est celui des *droits humains*. Il faut rappeler ici que l'adhésion au Conseil de l'Europe est conditionnée, dans le chef des Etats membres, par l'adhésion à la *Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention de Rome du 4 novembre 1950). Il est aujourd'hui significatif de constater combien les cours et tribunaux étatiques mobilisent, de plus en plus, les droits de l'homme et les dispositions de la Convention pour interroger l'approche des questions pénales en droit interne. À cet égard, on peut considérer que les droits de l'homme sont devenus l'intelligence et la conscience de l'Europe et, particulièrement, de l'Europe pénale[526].

Par ailleurs, la Convention est dotée d'un organe de contrôle, la *Cour européenne des droits de l'homme*, qui siège à Strasbourg et dont les décisions en matière pénale contribuent à créer un ordre public pénal européen respectueux des droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe s'est donc doté d'un instrument puissant qui contribue, petit à petit, à façonner une pénalité respectueuse des droits de l'homme dans la « grande Europe ».

On soulignera encore, en ce qui concerne les relations entre les « deux Europe(s) », que l'adhésion de l'Union européenne (la « petite Europe ») à la Convention européenne des droits de l'homme, depuis longtemps discutée[527], est fixée comme un objectif. L'article 6 § 2 du Traité de Lisbonne (entré en vigueur le 1er décembre 2009) établit ainsi que « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». L'avis 2/13, rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 18 décembre 2014[528], a néanmoins sérieusement enrayé ce processus en rendant un avis négatif sur la compatibilité du projet d'accord d'adhésion avec le droit primaire de l'Union. Des négociations pour la conclusion d'un nouvel accord, compatible avec les exigences posées par cet avis, sont depuis en cours.

2. Un deuxième domaine concerne la *peine privative de liberté et les alternatives* à celles-ci. Actuellement, les initiatives du Conseil de l'Europe dans ce domaine couvrent, progressivement, l'ensemble des questions liées à l'enfermement[529] et aux alternatives à celui-ci. A titre d'exemple, on mentionnera la Convention du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Cette Convention, directement centrée sur les lieux de privation de liberté, renforce l'interdiction (de la torture et des traitements inhumains et dégradants) prévue par l'article 3 de la CEDH[530].

---

526 Ceci reste vrai, même si, ces dernières années, se constate une tendance dans le chef de certains Etats ou dirigeants politiques à vouloir s'affranchir des obligations découlant de la Convention Européenne des droits de l'homme.

527 O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, "L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés", *Cah. dr. europ.*, 1996, pp. 556 et s. Voy. aussi Fr. TULKENS et J. CALLEWAERT, "La Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et les droits fondamentaux", in M. DONY et E. BRIBOSIA (éds.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne après le traité de Nice*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 177 et s.

528 CJUE, avis 2/13, 18 décembre 2014, ECLI:EU:C :2014 :2454

529 D. VAN ZYL SMIT et S. SNACKEN, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009; J.-M. LARRALDE, "Le Conseil de l'Europe, promoteur des réformes pénitentiaires", *Dialectiques carcérales*, sous la direction de P.-V. TOURNIER, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 241 et s.

530 Cette Convention a été approuvée par la loi du 7 juin 1991 (*M.B.*, 29 janvier 1992); voy. aussi la loi du 4 août 1996 portant assentiment aux Protocoles nos 1 et 2 à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants faits à Strasbourg le 4 novembre 1993 (*M.B.*, 15 avril 1997).

Un organisme de contrôle a par ailleurs été institué pour assurer le respect de cette Convention, avec le *Comité européen pour la prévention de la torture des peines ou des traitements inhumains et dégradants* (CPT). Cet organe effectue des visites dans différents pays et adresse des rapports aux gouvernements. Ce fut le cas en Belgique en 1993, 1997, 2001, 2005, 2009, 2012, 2013, 2016 et 2017. Les rapports du CPT sont importants, dans la mesure où ils constituent des avertissements lancés aux Etats en ce qui concerne, par exemple, la surpopulation pénitentiaire, les conditions de détention[531], la mise en place d'un « service garanti » au sein des prisons ou en encore la situation des internés placés dans les annexes psychiatriques de prison (*infra*). Ces rapports sont par ailleurs mobilisés dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. On notera encore que la synthèse des recommandations du CPT est susceptible de constituer un « code de bonne pratique »[532] à l'intention des Etats.

3. Un troisième domaine est celui du *droit pénal proprement dit*. L'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe s'est développée dans ce domaine de manière intensive, depuis longtemps[533]. Du côté du droit pénal matériel, il est significatif d'observer les figures criminelles qui, au fil du temps, font consensus sur la scène européenne : le terrorisme, le blanchiment des produits du crime, la corruption, la criminalité organisée et, plus récemment, la cybercriminalité et la traite des êtres humains. Du côté du droit procédural, le Conseil de l'Europe a joué un rôle moteur dans la naissance et le développement du droit pénal international.

2. La construction d'un « espace pénal » au sein de l'Union européenne

Depuis sa naissance, le droit pénal de l'Union européenne a connu un développement important qu'il n'est pas possible de retracer dans son entièreté ici. Dans la mesure où la matière est extrêmement complexe et en constante évolution, nous en examinerons ici le déroulement chronologique de manière synthétique. Certes, ce cheminement peut paraître long. Il nous paraît néanmoins important pour comprendre, dans une perspective temporelle et historique, la création de cette nouvelle réalité juridique qui reste encore, à notre avis, trop largement méconnue[534].

a) Du Traité de Rome aux Accords de Schengen : Une communauté sans droit pénal

En 1957, le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la CEE (Communauté économique européenne) ne contient pas le projet de créer un droit pénal communautaire. L'aspect pénal des matières économiques, sociales, fiscales ou douanières gérées au niveau européen n'est pas envisagé par les auteurs des Traités. Dans ses premières années, la Communauté européenne reste, sauf exceptions, une Communauté sans droit pénal[535].

---

[531] En l'absence de réaction de la ministre de la Justice face aux grèves des agents pénitentiaires violant les droits fondamentaux des détenus, le 24 mars 2014, le CPT a mis le gouvernement belge en demeure de communiquer dans les six mois un projet détaillé de mise en place d'un service public garanti dans les établissements pénitentiaires, à défaut de quoi la Belgique s'exposerait à une déclaration publique.

[532] R. MORGAN et M. EVANS (éds.), Combattre la torture en Europe. Le travail et les normes du Comité européen pour la Prévention de la Torture, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002.

[533] Voy. *Coopération contre la criminalité : les conventions du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2007. *Cf. supra*, A. Le droit international pénal, 1. Un droit pénal conventionnel et B. Le droit pénal international.

[534] Sur l'ensemble de cette évolution, voy. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 3e éd., 2021.

[535] Ainsi, sauf pour des exceptions mineures dans le Traité Euratom (art. 194/1), il n'y a pas d'infractions pénales au niveau communautaire. Dans les années 1970, la question du pénal a pourtant été expressément évoquée à propos de la responsabilité pénale des fonctionnaires européens (le délit d'ingérence notamment) et les fraudes au budget communautaire, mais ceci restera sans suite.

Au fil des années, les Communautés européennes sont progressivement confrontées à la question pénale. Ceci se traduit notamment par l'apparition de certaines formes d'interventions que l'on peut qualifier de « pénales », par exemple en matière de lutte contre la fraude au budget communautaire. Certains auteurs parlent alors déjà de « l'embryon d'un futur droit pénal européen »[536].

b) Les Accords de Schengen (1985-1995)

L'*Accord de Schengen du 14 juin 1985* constitue la première véritable étape sur la voie de la construction pénale européenne. Cet Accord lie au départ la France, la République Fédérale d'Allemagne et les pays du Bénélux (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas). Il envisage « la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes à ces pays dans la circulation des personne ».

La *Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen* (entrée en vigueur le 26 mars 1995) précise les contours et les moyens mis en œuvre pour donner force au projet de Schengen[537]. Cette Convention est conclue en dehors du cadre institutionnel communautaire et débouche, entre les pays signataires, sur une coopération de nature strictement intergouvernementale. D'autres pays européens adhéreront par la suite à la Convention. Aujourd'hui, l'espace Schengen lie 26 Etats, soit les pays membres de l'Union Européenne (à l'exception de la Grande-Bretagne – précédemment membre de l'Union – et de l'Irlande et avec un cas particulier, le Danemark, qui n'applique pas toutes les règles Schengen), ainsi que quatre pays non-membres de l'UE (l'Islande, le Lichtenstein, la Norvège et la Suisse).

La *philosophie de Schengen* inaugure la création d'un « espace policier et judiciaire » européen, que certains assimileront à la construction d'une « forteresse européenne » : dans le cadre d'une philosophie compensatoire, la libre-circulation des citoyens (et donc la suppression des contrôles aux frontières) à l'intérieur de l'espace Schengen est en effet compensée par le renforcement des contrôles aux frontières extérieures de l'Espace Schengen. Aujourd'hui, l'agence FRONTEX (agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes) symbolise cette logique de coopération : son rôle est d'aider les Etats membres de l'Union Européenne et les autres pays associés à l'espace Schengen à gérer leurs frontières extérieures et à faciliter la coopération entre les autorités de surveillance des frontières des divers pays membres.

Outre une série de dispositions relatives à l'octroi des visas d'entrée sur le territoire et au droit d'asile, l'*objet* principal de la Convention d'application de l'Accord de Schengen est de renforcer la coopération judiciaire et policière entre les pays qui y ont adhéré[538]. À cette fin, une banque de données informatisées est mise au point : le Système d'Information Schengen (S.I.S.). Un double constat peut être formulé relativement à cette coopération :
- d'une part, dans le cadre du dispositif Schengen, la coopération policière se développera plus rapidement que la coopération judiciaire[539]. Un des facteurs explicatifs en est que la justice, plus que la police, relève directement du pouvoir régalien des Etats et que ces derniers se montrent réticents à céder des compétences dans un domaine qui incarne leur souveraineté.

---

536 U. SIEBER, "Union européenne et droit pénal européen. Propositions pour l'avenir du droit pénal européen", *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 249 et s.

537 G. RENAULT, *Schengen, un modèle pour l'Europe pénale?*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux, 1995; V. HREBAY, *Les accords de Schengen*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

538 G. RENAULT, Schengen, un modèle pour l'Europe pénale?, op. cit., pp. 75 et s.

539 G., RENAULT, J. VANDERBORGHT, L. VAN OUTRIVE, La collaboration policière internationale en Europe, *Déviance et société*, 1996, pp. 173 et sv.

- d'autre part, en ce qui concerne la coopération judiciaire, la Convention d'application se limite à rappeler l'application du principe *non bis in idem* (art. 54), à compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et à faciliter les procédures d'extradition (art. 59 à 66)[540].

Ces dernières années, la philosophie de la libre circulation des personnes propre aux Accords de Schengen est sérieusement mise à mal par la *crise migratoire*, parfois associée à une menace terroriste. En son article 2§2, la Convention de 1985 prévoit une « clause de sauvegarde » autorisant un Etat à rétablir des contrôles à ses frontières pour une durée déterminée, lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent. Un « Code Frontières Schengen » du 15 mars 2006, profondément révisé en 2016, précise le régime de cette mesure en principe exceptionnelle et contraire à la philosophie même des Accords : en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un Etat membre peut exceptionnellement réintroduire le contrôle aux frontières intérieures pendant une période d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours. La mesure, dans sa portée et sa durée, ne peut excéder ce qui est « strictement nécessaire pour répondre à la menace grave » (art. 25, §1). La réintroduction ne peut avoir lieu qu'en « en dernier recours » (art.25, §2). Par ailleurs, si la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure persiste au-delà des trente jours ou de la durée initialement prévisible, la mesure peut être prolongée pour des périodes renouvelables ne dépassant pas trente jours (art.25, §3), sa durée totale ne pouvant excéder six mois (art.25, §4). Cependant, cette durée totale peut être étendue à une durée maximale de deux ans dans un cas : lorsque des circonstances exceptionnelles mettent en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen « du fait de manquements graves et persistants liés au contrôle aux frontières extérieures visés à l'article 21 » et dans la mesure où ces circonstances représentent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure à l'intérieur de l'espace Schengen (art. 25 §4 et 29 §1).

À la suite de l'Allemagne[541] en septembre 2015, plusieurs Etats (Autriche, Belgique, France, Hongrie, Slovénie) réintroduiront et prolongeront un contrôle à leurs frontières, invoquant la menace pour la sécurité intérieure que représente l'afflux de migrants ou les attentats terroristes. Le principe de la libre circulation à l'intérieur de l'espace Schengen, considéré comme une grande avancée dans la construction de l'espace pénal européen, reste donc fragile. En période de crise, la tentation de « réformer Schengen » sur ce point refait régulièrement surface.

c) Le Traité de Maastricht du 7 février 1992 : une coopération intergouvernementale

Le Traité sur l'Union européenne (TUE) du 7 février 1992 constitue une nouvelle étape importante sur la voie de l'intégration européenne. Le TUE prévoit trois piliers[542], dont un troisième pilier « Justice et affaires intérieures (*JAI*) » qui fait entrer la matière pénale dans l'espace normatif européen, tout en laissant se développer en parallèle la coopération Schengen entre un plus petit groupe d'Etats.

---

[540] S. BRAMMERTZ, "La collaboration policière et judiciaire dans le cadre des Accords de Schengen", *Le point sur les procédures (1re partie)*, Liège, Ed. formation permanente Commission Université-Palais, mars 2000, pp. 379 et s.; voy. C.J.C.E., arrêt du 11 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 183.

[541] Délégation allemande (2015), Document du Conseil 11986/15.

[542] Depuis le Traité de Maastricht, l'Union européenne se compose de trois piliers. Le premier est supranational et regroupe les trois Communautés européennes (CECA, CE, CEEA). Les deux autres sont de nature intergouvernementale et ils couvrent, respectivement, la politique étrangère et la sécurité intérieure.

Ce troisième pilier est visé par le titre VI du TUE, intitulé « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures »[543]. Destiné à promouvoir "la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures", ce titre VI favorise néanmoins, en matière pénale et policière, une coopération *essentiellement intergouvernementale*.

Peu de compétences pénales sont en effet cédées à l'UE dans un domaine régalien, toujours considéré comme la chasse gardée des Etats. Plusieurs éléments soulignent cette dimension :
- dans la pratique, c'est le Conseil JAI (Justice et Affaires Intérieures), réunissant les ministres de la Justice et des Affaires Intérieures des Etats membres, qui prend les décisions ;
- sous réserve de quelques exceptions, la prise de décision a lieu à l'unanimité, ce qui maintient à chaque Etat un droit de veto;
- dans les trois domaines clés de la coopération en matière pénale que sont la coopération judiciaire en matière pénale, la coopération douanière et la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogues et d'autres formes graves de criminalité internationale, la Commission n'a aucun droit d'initiative et les Etats gardent donc un monopole à cet égard (art. K.3.2).
- le Parlement européen est faiblement impliqué, n'ayant droit qu'à une "information régulière", ce qui réduit son rôle à une portée symbolique (art. K.6).

d) Le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 : une étape significative

Signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, le Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains Actes connexes, adopté par le Conseil européen réuni à Amsterdam les 16-17 juin 1997, est considéré comme une étape centrale dans la construction européenne.

En matière pénale, le Traité d'Amsterdam donne lieu à de appréciations divergentes. Si certains estiment que « la déception du monde juridique se concentrera sur les réformes du troisième pilier »[544], d'autres estimeront au contraire que ce Traité marque « la réelle émergence d'un droit pénal européen »[545].

Les principaux apports du Traité d'Amsterdam en matière pénale sont les suivants :

1. d'un point de vue *institutionnel*, les matières contenues dans le « troisième pilier » Intérieur-Justice du Traité de Maastricht sont réparties en deux ensembles séparés :
- un premier bloc de matières est transféré vers le premier pilier, dont le fonctionnement réopnd à la logique « supranationale » : l'immigration et l'asile, la fraude au budget communautaire et certains aspects de la coopération douanière et de la coopération judiciaire en matière civile (art. 7A, al.2). Ces matières sont « communautarisées » et donc soumises à un régime où les pouvoirs de l'Union sont plus importants (droit d'initiative de la Commission, consultation du Parlement européen, recours aux instruments juridiques classiques de l'Union, etc.).

---

543 R. BIEBER et J. MONAR (éds.), Justice and Home Affairs in the European Union. The development of the third pillar, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 1995 ; C. BARBIER, « La coopération européenne dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », *CRISP, Courrier hebdomadaire*, 1997, n^{os} 1546-1547.

544 F. DEHOUSSE, « Le Traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe », *C.D.E.*, 1997, p. 269.

545 D. FLORE, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *J.T. Droit européen*, 1999, pp. 121 et s.

- un second groupe de matières reste inclus dans le « troisième pilier version Amsterdam », avec un Titre VI rebaptisé « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Ce nouveau Titre VI se recentre sur des matières spécifiquement pénales.

Il faut mentionner également que ce que l'on appelle les « acquis » de Schengen, c'est-à-dire l'ensemble des actes pris pour l'exécution des accords eux-mêmes, glissent dans le premier pilier ou restent dans le troisième pilier en fonction des domaines auxquels ils se rattachent.

2. D'un point de vue *substantiel*, les articles K.1 à K.12 du Titre VI configurent le projet pénal conçu à Amsterdam. L'article K.1, al.1 précise l'objectif du troisième pilier qui est d'"offrir au citoyen un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes". L'objectif n'est donc plus seulement de proposer des mesures compensatoires à la suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union européenne. Il devient de développer au sein de l'Union un *espace de liberté, de sécurité et de justice*.

Les moyens pour atteindre cet objectif passent par des politiques concertées de « prévention et de lutte contre la criminalité, organisée ou autre, la lutte contre le terrorisme, la traite des êtres humains et les crimes contre les enfants, le trafic des drogues, le trafic d'armes, la corruption et la fraude » (art. K.1, al.2). La liste est intéressante en ce qu'elle traduit les priorités de l'Union en matière pénale. Par ailleurs, ces politiques concertées supposent une coopération plus étroite en matière policière (art. K2) et judiciaire pénale (art. K.3).

L'influence de l'Union s'accroit clairement en matière pénale, ce dont témoigne une double évolution :

- d'une part, la Commission se voit reconnaître un droit d'initiative général en matière de coopération policière et judiciaire pénale (art. K.6. 2). Si l'octroi de ce droit d'initiative - qui ne lui était pas reconnu par le Traité de Maastricht - constitue une avancée certaine, la Commission le partage néanmoins avec les Etats-membres qui maintiennent donc leur emprise sur ce domaine.
- d'autre part, en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale, l'article K.3.b met l'accent sur la nécessité de faciliter l'extradition entre les Etats membres, alors que l'article K.3.e rend possible l'adoption de « mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans le domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue ». Ce dernier point est évidemment important, puisqu'il ouvre la porte à la création d'un embryon de droit pénal substantiel européen dans ces trois domaines de criminalité.

3. En termes d'*instruments*, le Traité prévoit le recours, au côté des instruments antérieurs, à un nouvel outil, la *décision-cadre*. L'article K.6 prévoit en effet que le Conseil, statuant à l'unanimité (K6, al.2), peut arrêter à l'initiative de tout Etat membre et de la Commission, des *décisions-cadres* qui lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales le choix quant à la forme et aux moyens à mettre en œuvre (K.6, al.2, b)[546]. La décision-cadre, instrument qui nécessite une transposition dans l'ordre interne des

[546] Sur la portée des décisions-cadres, voy. P.-Y. MONJAL, « Le droit dérivé de l'Union européenne enquête d'identité », *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, pp. 335 et s.

Etats-membres, sera largement utilisée comme en témoigne, par exemple, la décision-cadre du 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme[547].

4. Le *poids des autres instances européennes* s'accroit également :
- la Cour de justice des Communautés européennes devient compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres (et des décisions) ainsi que sur l'interprétation des conventions et de leurs mesures d'application (art. K.7).
- le Parlement européen doit désormais être informé régulièrement des travaux menés dans les domaines relevant du titre VI (art. K.11).

5. Enfin, l'article K.12 prévoit la possibilité d'une *coopération renforcée*, plus étroite, entre certains Etats membres. A cet effet, un nouveau titre est inséré, le « Titre VI A. Dispositions sur la coopération renforcée », et celle-ci est organisée par les articles K.15 à 17.

Néanmoins, malgré diverses avancées, le IIIe pilier version Amsterdam continue à privilégier une coopération principalement « inter-gouvernementale » :
- le Conseil (représentatif des gouvernements des Etats-membres) conserve une position dominante comme organe de décision et la règle de l'unanimité reste de mise, sauf exception. Un Etat peut donc toujours mettre son veto à toute réforme.
- si la Cour de justice reçoit un rôle d'interprétation des instruments pris dans le cadre du titre VI, le Traité d'Amsterdam ne permet pas d'attraire un Etat membre devant la Cour de justice pour défaut de mise en oeuvre ou de transposition d'un instrument législatif – par exemple une décision-cadre – dans l'ordre interne. Cette procédure de « recours en manquement », envisagée dans d'autres domaines, n'est pas d'application pour les matières relevant du IIIe pilier.
- le rôle du Parlement européen reste faible, avec un pouvoir d'avis.

e) Le Conseil européen de Tampere et le principe de reconnaissance mutuelle (1999)

Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 accélère le processus de construction pénale européenne dans la mesure où il inscrit l'espace de liberté, de sécurité et de justice comme une *priorité* de l'Union[548].

Sur un plan pratique, la principale avancée introduite par le Conseil de Tempéré est l'adoption d'un principe de *reconnaissance mutuelle* des décisions judiciaires en matière pénale. Appelée à devenir la "pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union"[549], la reconnaissance mutuelle suppose qu'un Etat membre reconnaisse, selon un principe d'équivalence, les mêmes effets aux décisions étrangères qu'aux décisions nationales[550]. Ce principe suppose à la fois un rapprochement entre le droit pénal des Etats-membres et l'existence d'une forme de confiance dans le système pénal des Etats partenaires.

---

547 M.A. BEERNAERT, « La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme », *Revue internationale de droit pénal*, 2006, pp. 277 et s.

548 G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European judicial criminal area*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 3 et s.

549 G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001 ; The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union – L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, sous la direction de G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO et A. WEYEMBERGH, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009.

550 A cet égard, il y a des liens de parenté étroits avec la Convention du Conseil de l'Europe du 28 mai 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs. *Cf. supra*, B. Le droit pénal international.

Expression la plus achevée de la reconnaissance mutuelle, l'adoption du *mandat d'arrêt européen* (MAE) est entérinée par la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme. Le MAE est appelé à remplacer la mosaïque des conventions internationales (souvent bilatérales) en matière d'extradition et donne naissance à une construction complexe[551]. En 2018, les difficultés liées à l'exécution du MAE lancé par la justice espagnole à l'encontre des dirigeants politiques catalans exilés dans d'autres pays européens montrent que le principe de reconnaissance mutuelle ne reçoit pas encore d'application automatique. La montée de l'autoritarisme dans certains pays d'Europe centrale[552] met également à mal le principe de confiance mutuelle, qui est pourtant une condition de viabilité de la coopération pénale européenne et, en particulier, du mandat d'arrêt européen[553].

On retiendra encore, parmi un nombre important d'autres initiatives normatives qui contribuent à structurer progressivement un champ judiciaire pénal européen unifié, la création d'EUROJUST, organe de coopération judiciaire européenne, par une décision-cadre du 28 février 2002[554]. Pendant d'EUROPOL, EUROJUST est créé afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité et, plus tard, contre la criminalité organisée[555].

f) Le Conseil Européen de Nice du 7 décembre 2000 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

Si un premier enjeu de la construction d'un espace judiciaire pénal européen est d'accroître l'efficacité de la réponse pénale face à une criminalité transfrontière, un second réside dans la capacité de le construire dans le plein respect des droits fondamentaux. À cet égard, la Charte des droits fondamentaux de l'Union, proclamée au Sommet de Nice le 7 décembre 2000, renforce les droits de l'homme dans l'enceinte de l'Union.

Cette charte, d'abord proclamée comme instrument non contraignant, reçut, avec le traité de Lisbonne, la même valeur juridique que les traités et fut ainsi érigée au rang de droit primaire[556]. Ceci a pour conséquence d'une part, que les actes de droit dérivé du droit de l'Union – en ce compris en matière pénale – doivent respecter ses dispositions et que, d'autre part, les États membres sont également tenus de les respecter « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »[557] (dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, par exemple).

---

551 D. ZEROUKI, Y. CARTUYVELS, « De l'extradition au mandat d'arrêt européen : vers une redéfinition de la territorialité pénale », in *Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir*, 2017, III, pp. 217-253.

552 Plusieurs Etats membres font l'objet d'inquiétudes de la Commission concernant l'indépendance du système judiciaire et notamment : la Pologne, la Bulgarie, la Roumanie, la Slovaquie et la Croatie. À ce propos voy. Commission européenne, Rapport 2020 sur l'État de droit. La situation de l'État de droit dans l'Union européenne, 30 septembre 2020, COM (2020) 580 final, pp. 11-13.

553 C. RIZCALLAH, Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne. Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs, Bruxelles, Larcier, 2020.

554 Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *J.O.C.E.*, 6 mars 2002. Cette décision-cadre est désormais remplacée par le Règlement (UE) 2018/1727 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) et remplaçant et abrogeant la décision 2002/187/JAI du Conseil, *J.O.L.* 295 du 21 novembre 2018, p. 138-183.

555 *J.O.C.E.*, 6 mars 2002 et *J.O.U.E.*, 4 juin 2009. Voy. D. FLORE, « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 9 et s. ; Fr. DEHOUSSE et J. GARCIA MARTINEZ, « Eurojust et la coopération judiciaire pénale », *J.T. Dr. eur.*, 2004, pp. 161 et s.

556 Article 6 du TUE.

557 Art. 51 de la Charte de droits fondamentaux.

La charte contient un ensemble de dispositions qui concernent directement ou indirectement le domaine pénal[558]. On pense :
- au droit à la vie[559] et à l'intégrité physique et mentale de la personne (art. 3) ;
- à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4) ;
- à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 5) ;
- au droit à la liberté et à la sûreté (art. 6) ;
- à la présomption d'innocence et aux droits de la défense (art. 48) ;
- aux principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 49) ;
- au droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction (art. 50).
On constate que nombre de ces dispositions reprennent des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, qui devient ainsi le « droit commun » des droits fondamentaux en Europe[560], qu'il s'agisse de la « petite Europe » ou de la « grande Europe ».

g) Le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004

Piloté par Valery Giscard d'Estaing, ancien président de la République française, le projet de Constitution pour l'Europe[561] ne verra pas le jour. Son adoption sera en effet rejetée par référendum, tant en France qu'aux Pays-Bas.

Ce projet reste important en matière pénale, dans la mesure où plusieurs des innovations qu'il prévoit d'introduire en matière pénale seront reprises par le Traité de Lisbonne qui le remplacera. De manière générale, il traduit un saut qualitatif important, privilégiant de manière nettement plus accentuée la méthode communautaire (adoption de lois européennes et de lois-cadres européennes) sur la méthode de coopération intergouvernementale dans le domaine pénal.

On fait le choix de ne pas traiter ce projet de Constitution ici, dans la mesure où ses principales inflexions pénales à portée réelle seront reprises dans le Traité de Lisbonne que l'on analyse plus loin[562]. On se contentera de souligner que, dans la foulée du Traité d'Amsterdam, le Projet de Constitution consacre le renforcement de la coopération policière (avec EUROPOL) et de la coopération judiciaire en matière pénale (principe de reconnaissance mutuelle, rôle d'EUROJUST comme acteur central de la coopération judiciaire ; règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans divers domaines de la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière).

h) De nouvelles avancées : le développement du principe Ne bis in idem

Dans les années qui suivent ce projet mort-né, de nouvelles avancées se poursuivent dans le développement du droit pénal européen. Outre un arrêt important de la Cour de justice des

---

[558] *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, sous la direction de J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; E. BRIBOSIA, « Quelle charte des droit fondamentaux pour l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), *Vers un espace judiciare pénal européen*, *op. cit.*, pp. 19 et s. ; F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Larcier, 2020.

[559] Voy. l'intervention comme *amicus curiae* de l'Union européenne dans l'arrêt *Roper c. Simmons* de la Cour Suprême des Etats-Unis du 1er mars 2005 qui abolit la peine de mort pour les mineurs.

[560] Fr. TULKENS et J. CALLEWAERT, "La Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et les droits fondamentaux", in M. DONY et E. BRIBOSIA (éds.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 177 et s.

[561] Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne, sous la direction de O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL, Bruxelles, Larcier, 2004 ; Genèse et destinée de la Constitution européenne, sous la direction de G. AMATO, E. BRIBOSIA et B. DE WITTE, Bruxelles, Bruylant, 2007.

[562] Pour une analyse approfondie, voy. F. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer, 2014, pp. 209 et s.

Communautés européennes du 13 septembre 2005 qui consacre un transfert de compétence de la législation pénale au profit de la Commission [563] et le développement de plusieurs programmes spécifiques en matière pénale, le principe *ne bis in idem* va faire l'objet de développements importants.

Dans son arrêt *Gozutök et Brugge*[564], la Cour de justice, en s'appuyant sur le principe de confiance mutuelle, a considéré que le principe *ne bis in idem* s'appliquait lorsqu'une personne se voyait offrir, pour les mêmes faits, un règlement transationnel par le ministère public et que le montant requis avait été versé[565]. Lors de la ratification de la Convention d'application des accords de Schengen (CAAS), les Etats parties n'avaient pas prévu qu'un règlement transactionnel conclu avec le ministère public emporterait l'application du principe *ne bis in idem,* avec pour conséquence de faire obstacle à l'initation d'une autre procédure pénale dans un autre État membre. Néanmoins, la Cour de justice a déclaré que : « le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la CAAS, qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente »[566] ; « pour les mêmes motifs, l'application par un État membre du principe *ne bis in idem,* tel qu'énoncé à l'article 54 de la CAAS, à des procédures d'extinction de l'action publique ayant eu lieu dans un autre État membre sans l'intervention d'une juridiction ne saurait être subordonnée à la condition que l'ordre juridique du premier État n'exige pas non plus une telle intervention juridictionnelle »[567].

On évoquera également l'arrêt *Van Esbroeck* du 9 mars 2006 de la Cour de justice des Communautés européennes[568], lequel vient préciser la portée du principe tel que prévu par l'article 54 de la Convention de Schengen. L'arrêt fait suite à une demande préjudicielle en interprétation introduite par la Cour de cassation belge. En l'espèce, l'arrêt porte sur l'application du principe *ne bis in idem* à la répression du trafic de stupéfiants lorsque celui-ci est organisé sur le territoire de plusieurs Etats membres de l'espace Schengen. Alors qu'en ce domaine, les autorités judiciaires belges refusaient jusque là de reconnaître les jugements étrangers qui avaient déjà été prononcés et engageaient de nouvelles poursuites dans notre pays, la Cour de justice consacre l'interprétation selon laquelle le principe *ne bis in idem* doit s'appliquer à ce type délits[569]. En ce qui concerne l'*idem*, la Cour estimera en outre que le seul critère pertinent aux fins de l'application du principe est "celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances indissociablement liés entre elles", indépendamment de la qualification juridique de ceux-ci ou de l'intérêt juridique protégé (§§

---

563 C.J.C.E., 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, *J.T. Dr. eur*., 2006, p. 120 ; D. PICHOUSTRE, "La compétence pénale de la Communauté. A propos de l'arrêt Commission c. Conseil rendu le 13 septembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes", *J.T. Dr. eur*., 2006, pp. 10 et s.

564 CJUE, arrêt du 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87. Sur cet arrêt, voy., A. WEYEMBERGH, « Comment on CJEU, 11 February 2003, Joined Cases C-187/01 and C-385/01. Criminal Proceedings v Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge », *in* V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO et L. MANCANO, *The Court of Justice and European criminal law leading cases in a contextual analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 199-211.

565 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 78.

566 *Ibid.,* point 33.

567 *Ibid.,* point 34

568 C.J.C.E., 9 mars 2006, arrêt *Van Esbroeck*, C-436/04. Voy. aussi C.J.C.E., 18 juillet 2007, arrêts *Kretzinger* (C-288/05) et *Kraaijenbrink* (C-367/05); C.J.C.E., 22 décembre 2008, arrêt *Turansky*, C-491/07.

569 J.-B. HUBIN, « Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 (affaire C-436/04 – *Van Esbroeck*) : une nouvelle perspective dans l'application du principe *non bis in idem* au trafic de stupéfiants entre pays européens », *Rev. dr. pén. crim*., 2006, pp. 823 et s.

35 et 36). Autrement dit, plus question (par exemple) de juger dans un Etat de l'espace Schengen un acte qualifié « d'importation » de stupéfiants s'il a déjà été jugé sous une autre qualification (« exportation ») dans un autre pays de l'espace Schengen.

La contradiction relevée par certains auteurs entre la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour européenne des droits de l'homme[570] a été levée par cette dernière dans l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009[571]. Dans cet arrêt de principe, la Cour adopte elle aussi clairement l'approche fondée sur l'identité des faits matériels *(idem* factuel) au détriment de l'identité de la qualification juridique (*idem* légal), dans le souci de mieux protéger l'auteur de l'acte en cause. Elle estime en effet que "l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne" et que l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine « des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »[572].

L'enjeu est d'autant plus important que le *ne bis in idem* qui est inscrit à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a désormais le statut de droit fondamental dans le droit de l'Union[573]. A cet égard, on soulignera que dans son arrêt *Aklagaren c. Akerberg Fransson* du 26 février 2013, la Cour de justice a été amenée à préciser la portée du *bis* cette fois. La Cour a ici souligné que "le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal"[574]. Autrement dit, la Cour pose ici que le principe *ne bis in idem* ne trouve à s'appliquer que si la sanction fiscale « revêt un caractère pénal, au sens de l'article 50 de la Charte ».

i) Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 : vers une communautarisation de la matière pénale

---

570 S. VAN DROOGHENBROECK, "De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2005, pp. 467 et s. ; H. MOCK, "'*Ne bis in idem*'. Une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg (arrêt C-436/04 de la Cour de justice des Communautés européennes, du 9 mars 2005, *Leopold Henri Van Esbroeck*)", *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 635 et s.

571 Cour eur. D.H. (GC), 10 février 2009, arrêt *Zolotoukhine c. Russie*. Voy. J. PRADEL, "Principe *ne bis in idem*. Poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2014 et s.; J. VERVAELE, "*Ne bis in idem*: Towards a transnational constitutional principle in the EU?", *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 4, 2013, pp. 211 et s.; Fr. TULKENS, "*Non bis in idem*. Un voyage entre Strasbourg et Luxembourg", *Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin* Limal, Anthemis-Nemesis, coll. Droit & Justice, n° 110, 2014.

572 Cour eur. D.H. (GC), 10 février 2009, arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, § 82. Voy. J. PRADEL, "Principe *ne bis in idem*. Poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2014 et s. Cette jurisprudence sera confirmée par la suite dans les arrêts *Maresti c. Croatie* du 25 juin 2009, *Tomasovic c. Croatie* du 18 octobre 2011, *Khmel c. Russie* du 12 décembre 2013, *Muslija c. BosnieHerzégovine* du 14 janvier 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4 mars 2014, *Glantz c. Finlande, Häkkä c. Finlande, Nykanen c. Finlande* et *Pirttimäki c. Finlande* du 20 mai 2014.

573 D. BERNARD, « Article 50 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 1197 – 1222 ; D. REBUT, « Article II-110 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 629 et s. Sur l'évolution du principe ne bis in idem dans l'espace européen, cf. D. BERNARD, « Les frontières solides du principe ne bis in idem: fondements et objectifs en droit européen et international », *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal européen et international, op. cit*., pp. 389 et s.; P. OLIVER et Th. BOMBOIS, « Ne bis in idem' en droit européen: un principe à plusieurs variantes », *J.T. Dr. eur*., 2012, pp. 266 et s.

574 C.J.U.E., 26 février 2013, arrêt *Aklagaren c. Akerberg Fransson*, C-617/10.

Après l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004, les différents Conseils européens s'engagent sur la voie d'un traité simplifié : ce sera le Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007[575] et entré en vigueur au 1er décembre 2009.

1. Evolutions institutionnelles

Sur le plan institutionnel, le Traité de Lisbonne introduit cinq innovations importantes :
- il supprime la division des politiques européennes en « piliers » et intègre la coopération policière et judiciaire en matière pénale dans le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.). Ce choix traduit une montée en puissance de la communautarisation dans ces matières et met progressivement fin à la logique de coopération intergouvernementale qui dominait jusque là ;
- il remplace, dans le domaine pénal, la décision-cadre par les instruments classiques du droit communautaire (la Directive et le Règlement) ;
- la règle de la majorité remplace celle de l'unanimité : c'est la fin du droit de véto d'un Etat membre ;
- il impose, pour l'adoption de ces instruments, le principe de la co-décision par le Conseil et le Parlement européen (soit la procédure législative ordinaire déjà en vigueur dans les autres domaines) ;
- il prévoit un contrôle juridictionnel renforcé de la CJUE pour le domaine pénal[576]. Deux innovations importantes ici : la « procédure en manquement » est désormais possible devant la Cour de justice, dès lors que la Commission constate une absence de transposition ou la transposition défaillante d'une directive européenne par un Etat membre ; le renvoi préjudiciel d'interprétation et validité devant la Cour de justice devient possible pour les juridictions nationales dans tous les Etats membres, alors qu'avant cette compétence devait être formellement acceptée par les Etats par une déclaration spécifiant quels tribunaux nationaux était habilités à poser des questions à la Cour[577].

2. Les principes généraux de l'UE

a) Au terme du Traité de Lisbonne, l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » n'est plus affiché comme un objectif mais présenté comme une réalité. Le Traité dispose que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène » (art. 3 §2).

Se trouvent ici réaffirmés le principe d'un espace européen unifié, contrebalancé par des mécanismes de contrôle aux frontières extérieures de l'Union (philosophie de Schengen), ainsi que la volonté de prévenir et de lutter contre la criminalité (préoccupation introduite avec le Traité d'Amsterdam).

b) Le Traité incorpore la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 à laquelle il reconnaît le même statut qu'un Traité : « L'Union reconnaît les droits, libertés et les principes

---

575 Voy. J.-V. LOUIS, "Le Traité de Lisbonne", *J.T. Dr. eur.*, 2007, pp. 289 et s.

576 A. WEYEMBERGH, V. RICCI, « Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », *in Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, sous la direction de S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 227 et s.; H. LABAYLE, "Le juge de l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne", *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, *op. cit.*, pp. 591 et s.

577 A. WEYEMBERGH, V. RICCI, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 227 et s.

énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a même valeur que les Traités » (art. 6 §1).

c) L'Union déclare qu'elle « adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (art. 6, § 2, al.1), ce qui signifie que les droits de la Convention « font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux » (art. 6 §3). Autrement dit, comme législateur par exemple, l'Union est appelée à respecter les principes de la Convention.

D'un point de vue juridique, la procédure d'adhésion est toujours en cours. Aujourd'hui, cette adhésion apparaît incertaine après l'avis négatif rendu par la Cour de justice de l'UE (avis 2/13 du 18 décembre 2014). La Cour a soulevé l'existence de sept incompatibilités avec le droit primaire de l'Union, notamment avec l'article 6 §2 TUE, le protocole n° 8 relatif à l'article 6, §2, TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH[578].

3. L'espace pénal européen : un espace de liberté, de sécurité et de justice

La coopération policière et judiciaire pénale est désormais intégrée dans le titre V du Traité de Lisbonne, intitulé « L'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

L'article 67 §1 du Traité dispose que « l'Union *constitue* un espace de liberté, de sécurité et de justice » et rappelle que cet espace doit se développer « dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres ».

Dans ce cadre, le titre V dessine les contours de l'espace pénal européen. Il souligne que « L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales » (art. 67§3).

Dans la foulée du Traité d'Amsterdam (article K.1), l'accent est donc mis sur la prévention et la lutte contre la criminalité, le racisme et la xénophobie, mais aussi sur la coopération en matière policière et judiciaire pénale. Par ailleurs, la disposition souligne le *rôle central de la reconnaissance mutuelle* au cœur de la coopération judiciaire et fait du rapprochement des législations pénales un objectif mis au service de la reconnaissance mutuelle et de la coopération judiciaire, ce qui est précisé à l'article 82 §2[579].

En ce qui concerne le *rapprochement des législations pénales*, l'article 83 traduit une logique d'extension. Là où le Traité d'Amsterdam évoquait le rapprochement du droit pénal matériel dans trois domaines (terrorisme, trafic de drogues, criminalité organisée), l'article 83 §1, al. 2 l'envisage dans une dizaine de domaines de criminalité « particulièrement graves », tels que le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants,

---

578 Les sept incompatibilités relevées ont trait au contrôle externe exercé par la CEDH ; au principe de confiance mutuelle entre les Etats-membres ; au contournement du renvoi préjudiciel vers la Cour de Justice de l'UE ; à l'article 344 TFUE ; au mécanisme du codéfendeur ; à la procédure d'implication préalable de la Cour de justice de l'UE et à l'asymétrie des contrôles juridictionnels exercés par les deux Cours en matière de politique étrangère et sécurité commune.

579 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, "*Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*", COM/2011/0573, p. 2.

le trafic illicite des drogues, le trafic illicite des armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. C'est donc dans cet éventail plus large de domaines de criminalité « particulièrement graves » que le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directive (et non plus de décision-cadre), peuvent désormais « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » (procédure législative ordinaire) (art. 83 §1, al.1). Plus, même en dehors de cette liste, des règles minimales pourront être adoptées si le droit pénal s'avère indispensable pour la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union (art. 83 §1, al. 3).

L'article 85 souligne encore le rôle d'EUROJUST dans la coopération judiciaire en matière pénale, alors que l'article 86 évoque la possible création d'un parquet européen à partir d'EUROJUST. Les articles 87 et suivants évoquent quant à eux la coopération policière.
Le règlement 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 a donné suite à ces dispositions, en établissant le Parquet européen dans le cadre d'une coopération renforcée (à savoir une procédure législative pour l'adoption d'un acte ne s'appliquant qu'à certains États) entre 22 États membres. Le Parquet européen dispose d'un bureau central (dont le siège est établi au Luxembourg) et d'un collège de procureurs nommés par les États membres. Ce Parquet européen doit intervenir dans la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union, mais aussi dans le domaine de la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière. Pour mener ses investigations le Parquet européen s'appuie sur les procureurs européens délégués, situés dans chaque État membre[580]. Le Parquet européen est entré en fonction le 1er juin 2021.

j) Le droit pénal de l'UE au lendemain du Traité de Lisbonne : entre innovations et tradition

Avec le Traité de Lisbonne, l'Union européenne affronte ses nouveaux défis avec une structure institutionnelle renouvelée. La communautarisation croissante de la matière pénale ainsi que l'adoption de la règle de la majorité qualifiée en lieu et place de celle de l'unanimité doit en principe permettre à l'Union de poursuivre une politique d'intégration plus ambitieuse. Cependant, le choix d'approfondir le rapprochement entre les législations nationales ne fait pas l'unanimité parmi les Etats membres. Des tensions vont ainsi apparaitre au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, traduction d'un dualisme entre la perspective intégrationniste défendue par les institutions de l'Union et le désenchantement croissant des certains pays membres.

1. Le rapprochement du droit pénal matériel

C'est dans le cadre du *droit pénal matériel* que l'on observe, d'abord, une tentative d'affermir le processus d'intégration. Dès avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne des décisions-cadres avaient pu être adoptées afin d'introduire des règles minimales concernant les éléments constitutifs des infractions et les sanctions applicables à différents domaines de criminalité. On citera notamment les mesures adoptées en matière de terrorisme[581], blanchiment d'argent[582], corruption dans le domaine privé[583], cybercriminalité[584], traite des êtres humains[585], exploitation sexuelle des enfants[586] et criminalité organisée[587].

---

[580] P. DUBARRY, E. WACHENHEIM, « La naissance d'un Parquet européen – les enjeux de sa mise en œuvre en France », *Eucrim,* 2018, pp. 121 – 124.

[581] Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme.

[582] Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime

[583] Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé

Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il était prévu que ces décisions-cadres resteraient soustraites au contrôle de la Commission européenne ainsi qu'à la juridiction de la Cour de Justice pour une période de transition de cinq ans. L'article 10 du protocole n° 36 avait en effet permis de retarder la disparition du « troisième pilier », en disposant que jusqu'au premier décembre 2014 les attributions de susdites institutions resteraient celles prévues par le titre VI du Traité sur l'Union européenne dans sa version précédente au Traité de Lisbonne.

C'est donc afin d'anticiper les effets de la communautarisation du cadre normatif en matière de liberté, sécurité et justice que le législateur de l'Union a adopté des directives visant à abroger et remplacer les décisions-cadres dans la plupart des domaines susmentionnés. On retiendra ici à titre d'exemple :

- la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil
- la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil.

La directive 2011/36/UE en matière de traite des êtres humains prévoit des règles communes minimales en vue de déterminer les infractions liées à la traite et de punir les responsables[588]. Les États membres sont appelés à prendre les mesures nécessaires pour que soient punissables les actes intentionnels suivants : le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil forcé de personnes à des fins d'exploitation. La directive requiert également la mise en place d'un « socle minimale de la peine maximale », fixée à 5 ans d'emprisonnement pour les infractions évoquées ci-dessus et au moins 10 ans en cas de circonstances aggravantes. Afin de compléter la transposition de la directive, le législateur belge a adopté la loi du 29 avril 2013 qui modifie l'article 433*quinquies* du code pénal en vue de clarifier et étendre la définition de la traite des êtres humains[589].

Pour sa part, la directive 2011/93/UE comprend des règles communes minimales relatives à l'incrimination d'un large éventail de comportements liés à l'abus et l'exploitation sexuelles des enfants[590]. La directive se caractérise, en outre, par une augmentation généralisée des niveaux des peines : les états membres doivent s'assurer que les peines maximales fixées par la législation nationale ne soient pas inférieures à certains niveaux (allant de 1 à 10 ans d'emprisonnement) qui varient selon la gravité de l'infraction. Il y a lieu de souligner que la directive en question a contribué à l'introduction de deux nouvelles dispositions du code pénal

---

584 Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information

585 Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains

586 Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie

587 Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée

588 P. BEAUVAIS, "Droit pénal de fond : nouvelle directive sur la traite des êtres humains", *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, pp. 637 et s.

589 C. HUBERTS et J.-F. MINET, "La loi du 29 avril 2013 visant à modifier l'article 433quinquies du code pénal en vue de clarifier et d'étendre la définition de la traite des êtres humains : analyse et mise en perspective", *Rev. dr. pén.*, 2014, pp. 6-48.

590 P. BEAUVAIS, "Harmonisation des infractions et des peines en matière de délinquance sexuelle sur mineurs", *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, pp. 877 et s.

belge[591] : on songe aux articles 377*ter* et 377*quater* relatifs à la sollicitation (respectivement hors ligne et en ligne) à des fins sexuelles d'un mineur de moins de 16 ans[592].

Alors que ces deux directives visent surtout à assurer une « Lisbonisation » de précédentes décisions-cadres, elles réalisent également une profonde innovation dans les secteurs concernés. On remarquera d'abord une extension du champ d'application des infractions par rapport aux précédentes dispositions de troisième « pilier »[593]. Cela s'accompagne d'une augmentation générale des niveaux des peines ainsi que d'une diversification de peines applicables aux auteurs de l'infraction : on prévoit, outre l'emprisonnement, la saisie et la confiscation des instruments et des produits des infractions (article 7 de la directive en matière de traite et article 11 de la directive relative à l'exploitation sexuelle des mineurs) et des mesures d'interdiction pour prévenir la réitération des délit (article 10 de la directive relative à l'exploitation sexuelle des mineurs).

2. Le rapprochement de la procédure pénale

Si les développements dans le cadre du droit pénal matériel semblent globalement orientés vers une plus grande sévérité, la législation de l'UE dans les années récentes montre également une forte attention pour les droits de la défense au sein du procès pénal. L'accent mis sur l'harmonisation de certaines règles de la procédure pénale – sur la base de l'article 82 §2 – s'explique d'ailleurs par la nécessité de favoriser la confiance mutuelle sous-jacente à la coopération dans l'espace judiciaire européen[594]. Ainsi, le 30 novembre 2009, le Conseil a-t-il adopté une feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales[595].

La feuille de route invitait la Commission à soumettre de propositions concernant les droits procéduraux fondamentaux auxquels l'Union accorde la priorité[596]. Il s'agit notamment du droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, du droit à l'information relatives aux droits et à l'accusation; du droit à l'assistance juridique ; du droit de communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires ; du droit aux garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivies qui sont vulnérables[597]. Le droit à l'information et le droit à l'assistance juridique (même au stade le plus précoce de la procédure) constituent des garanties essentielles pour assurer le respect du modèle du procès équitable tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par les articles 47 et article 48 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[598].

---

591 Les articles *377ter* et 377*quater* ont été insérés par la loi 10 avril 2014 relative à la protection des mineurs contre la sollicitation à des fins de perpétration d'infractions à caractère sexuel.

592 A. DELANNAY et L. KERZMANN, "Chronique de législation pénale 2014", *Rev. dr. pén*., 2015, p. 889-948

593 A. WEYEMBERGH, S. DE BIOLLEY, "Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors" in A. WEYEMBERGH, F. GALLI (éds.), *Approximation of substantive criminal law. The way forward*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 27.

594 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, "*Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*", COM/2011/0573, p. 2.

595 Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales in *Journal Officiel* C 295, 4 décembre 2009, p. 1.

596 V. MISTILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Hart, 2016, p. 153 et ss.

597 O. TELL, "Les directive relatives à la procédure pénale : quelle protection du droit des personnes ?", *Rev. un. eur.*, 2014, p. 364 et ss.

598 D. ZEROUKI-COTTIN, "Chronique de droit pénal de l'Union européenne, 1er janvier – 31 décembre 2012", *Rev. int. dr. pén.*, 2012, p. 519 et ss.

Dans le sillage de la feuille de route, les directives suivantes ont pu être adoptées :

- directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ;
- directive 2016/343/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2016/800/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2016/1919/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a ainsi permis l'adoption d'une série d'instruments de droit dérivé portant des « règles minimales » dans le domaine des droits procéduraux. Il y a lieu de souligner que ces instruments traduisent une approche fort ambitieuse de la part du législateur de l'Union. D'abord, ils reprennent certains principes fondamentaux de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de droits dans la procédure pénale (voy., à titre d'exemple, la directive sur le droit d'accès à un avocat[599]) sans que ces droits aient été préalablement réaffirmés par la Cour de justice dans son interprétation de la Charte des droits fondamentaux. Ensuite, l'action de l'Union dans ce domaine semble aller plus loin que ce qui était prévu par le Traité, en ce que ces directives ne s'appliqueraient pas seulement à la coopération judiciaire entre les états membres mais auraient vocation à offrir une base légale pour assurer la protection des droits des personnes soupçonnées ou poursuivies dans des situations purement internes[600].

3. La lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne

L'un des secteurs ayant connu les développements majeurs suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne est celui de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Conformément à l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le Conseil a adopté le 12 octobre 2017 un Règlement concernant la création du *parquet européen* (Règlement 2017/1939/UE du Conseil du 12 octobre 2017). Or, l'idée d'établir un organisme commun, chargé des poursuites en matière d'infractions portant atteinte aux intérêts de l'Union, n'est pas nouvelle et remonte au projet universitaire – initié au début des

599 La directive en question est en effet largement inspirée par l'arrêt de la Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*. Voy., pour la transposition en droit belge de cette directive, la loi 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire (ou loi *Salduz-bis*).

600 J. ALIX, "La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense", *Arch. pol. crim.*, 2015, p. 278 ss.

années 90 – connu sous le nom de « *Corpus Juris* pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne »[601].

Depuis lors, la création d'un Ministère Public européen n'a pas cessé de stimuler le débat dans la doctrine[602] et a fait l'objet de nombreuses prises de position de la part des institutions européennes[603]. Cependant, il a fallu attendre l'introduction d'une base juridique *ad hoc* (l'article 86 du Traité susmentionné) pour que ce projet d'un parquet européen prenne forme. Ainsi, le 17 juillet 2013, la Commission a finalement publié sa proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen. La proposition de la Commission n'a toutefois pas reçu le soutien enthousiaste de la majorité des Etats membres et – suite à des nombreuses modifications[604] – n'a pu être adopté que grâce à la coopération renforcée de 20 Etats[605]. Le parquet européen est finalement entré en fonction le 1er juin 2021.

Le parquet européen, tel que défini par le Règlement 2017/1939/UE, est compétent pour rechercher, poursuivre et envoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Le parquet effectue tous les actes de poursuite nécessaires et exerce, devant les juridictions compétentes des États membres, l'action publique relative à ces infractions. Quant à la structure, il convient de noter que le parquet est organisé sur deux niveaux : un niveau central, constitué d'un bureau central, sis au siège du Parquet européen ; un niveau décentralisé, constitué par les procureurs européens délégués, qui sont affectés dans les États membres.

En ce qui concerne la compétence *ratione materiae* du parquet européen, le Règlement se réfère d'abord aux infractions prévues par la directive 2017/1371/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (ou « directive PIF »). Cet instrument – dont la transposition en droit national apparait indispensable pour assurer le fonctionnement correct du ministère public européen – définit les éléments constitutifs du délit de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et contient une liste d'autres infractions qui relèvent de la lutte contre les violations au budget européen (tels que la corruption active ou passive et le détournement des fonds communautaires). La compétence du parquet européen s'étend aux cas d'infraction grave contre le système commun de TVA (lorsque ces infractions ont un caractère transnational et entrainent un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 EUR)[606].

---

601 M. DELMAS-MARTY (éd.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997 ; M. DELMAS-MARTY, J. VERVAELE, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, Groningen, Intersentia, 2000.

602 Il convient de mentionner le projet coordonné par K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol.1 : *A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2012. Le volume 2 de cet ouvrage a été publié en 2013, étant consacré aux règles modèles régissant la procédure et le bureau du Ministère Public européen.

603 Il suffira ici de rappeler le Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen, Bruxelles, le 11 déc. 2001, COM(2001) 715 final.

604 V. MITSILEGAS, "The European Public Prosecutor before the Court of Justice. The challenge of effective judicial protection", in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (éds.), *Le contrôle judiciaire du Parquet européen – Nécessité, modèles, enjeux*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 74 et ss.

605 L'article 86 du Traité précise qu'en l'absence d'unanimité, un groupe composé d'au moins neuf États membres peut demander que le Conseil européen soit saisi du projet de règlement. La procédure de coopération renforcée a été lancée par 16 États membres le 3 avril 2017. Le 28 juin 2017 20 États ont décidé de participer à la coopération renforcée et d'adopter le règlement instituant le parquet européen.

606 L'introduction de ces infractions dans le champ d'application de la directive était initialement contestée par nombreux états membres au sein du Conseil. Or, l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Taricco*, interpretant l'article 325 TFUE (et l'obligation pour les états à lutter contre les activités illicites portantes atteinte aux intérêts financiers de l'Union) de manière à englober les fraudes à la TVA comme étant de fraudes graves méritant des sanctions pénales ; voy. D. BERLIN, *La lutte contre la fraude : action ou politique de l'Union* in D. BERLIN, F. MARTUCCI, F. PICOD, (éds.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 37 et ss.

Le Parquet européen est également compétent pour les infractions relatives à la participation à une organisation criminelle telles qu'elles sont définies dans la décision-cadre 2008/841/JAI, si les activités criminelles d'une telle organisation consistent essentiellement à commettre une des infractions ciblées par la « directive PIF ». Enfin, le Parquet européen sera compétent pour ouvrir des enquêtes et engager des poursuites relatives à toute infraction que le droit interne n'érigerait pas directement en infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, mais dont les éléments constitutifs apparaitraient indissociablement liés à un comportement délictueux portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Par ce renvoi à cette catégorie d'« infractions accessoires », le règlement semble élargir considérablement le champ d'action du futur Parquet. Ce dernier devrait en effet englober toutes « les infractions commises dans le but principal de créer les conditions permettant de commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, d'en tirer profit ou d'en obtenir le produit »[607].

k) Le droit pénal de l'UE au lendemain du Brexit

L'année 2020 est marquée au niveau de l'UE par la décision 2020/135 du Conseil du 30 janvier 2020 relative à la conclusion de l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne[608] entrée en vigueur le 1er février 2020. Désormais, le Royaume-Uni n'est plus un Etat membre de l'UE mais un pays tiers. Cette décision a été coulée le 31 décembre 2020 dans un Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni ainsi que l'Irlande[609]. La troisième partie de cet accord encadre la coopération des services répressifs et judiciaires en matière pénale entre le Royaume-Uni d'une part, et l'Union et les Etats membres d'autre part. Il prévoit des procédures similaires à celles qui préexistaient sous l'ancien régime afin d'éviter de freiner la coopération policière et judiciaire qui préexistaient entre les Etats membres, l'UE et le Royaume-Uni. Des mécanismes similaires sont ainsi prévus au niveau des procédure relatives à l'extradition de personnes intitulés désormais « procédure de remise »[610].

§ 2. Le droit interne

Nous entendons par droit interne le droit fédéral, communautaire, régional, provincial et communal par opposition au droit étranger qui relève d'une étude de droit comparé.

A. Le droit pénal matériel

Le droit pénal matériel (*substantive criminal law*) contient les règles de fond qui déterminent les infractions et les peines qui leur sont applicables. Il fait à son tour l'objet de certaines divisions qui se recouvrent partiellement.

---

607 Voy. le considérant 56 : "le Parquet européen devrait aussi avoir le droit d'exercer sa compétence en cas d'infractions indissociablement liées lorsque l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union n'est pas prépondérante au regard du niveau de sanction, mais que l'autre infraction indissociablement liée est réputée accessoire par nature parce qu'elle sert uniquement à commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, en particulier lorsque cette autre infraction a été commise dans le but principal de créer les conditions permettant de commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, telle qu'une infraction ayant pour seul objectif de se procurer les moyens matériels ou légaux de commettre ladite infraction, d'en tirer profit ou d'en obtenir le produit".

608 Décision (UE) 2020/135 du Conseil, du 30 janvier 2020, relative à la conclusion de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *J.O.*, *L 29,* p. 1.

609 Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, *J.O.*, *L 444,* p. 14 (ci-après Accord de coopération).

610 Art. Law. surr.76 et suivants de l'Accord de coopération.

1. Le droit pénal général et le droit pénal spécial[611]

a) *Le droit pénal général* concerne les principes généraux du droit pénal, soit les règles qui déterminent les « conditions générales » de l'incrimination, de la responsabilité pénale et des peines[612]. Il s'agit, par exemple, des règles relatives à la légitime défense, à la tentative, à la récidive, au concours d'infraction, à la responsabilité pénale des personnes morales, etc. Ces principes généraux sont contenus dans le Livre premier du Code pénal, *Des infractions et de la répression en général* (art. 1 à 100*ter*), incluant les lois additionnelles et modificatives[613], ainsi que dans quelques *lois complémentaires au Code pénal*[614] (par exemple la loi du 4 octobre 1967 sur les circonstances atténuantes ou la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation). L'essentiel de ce cours est consacré au droit pénal général.

b) Le *droit pénal spécial* concerne les infractions et les peines. On vise ici les différentes incriminations spécifiques (par exemple, le vol, le meurtre, etc.), avec les règles qui déterminent leurs « conditions particulières » d'incrimination (éléments constitutifs, circonstances aggravantes, etc.) ainsi que les peines qui leur sont propres. Ce catalogue des infractions et des peines est contenu, d'une part, dans le Livre Il du Code pénal (en ce compris également les lois additionnelles et modificatives) et dans des lois complémentaires au Code pénal[615], d'autre part, dans les lois particulières et règlements particuliers, ainsi que dans les décrets ou ordonnances des Communautés et des Régions.

Le Livre II du Code pénal, *Des infractions et de leur répression en particulier* (art. 101 à 566), répartit les infractions en différents titres qui correspondent aux valeurs sociales fondamentales protégées par le droit pénal : sûreté de l'Etat, droits garantis par la Constitution, foi publique, ordre public, sécurité publique, ordre des familles et moralité publique, les personnes et les propriétés, etc. Les lois particulières déterminent des infractions autres que celles qui sont prévues par le Code pénal. (Loi sur les stupéfiants, lois en matière sociale, commerciale, fiscale, administrative, etc. qui contiennent des dispositions pénales). Dans ce dernier cas, il s'agit, comme le dit J.J. HAUS, des « lois d'intérêt public dont l'exécution a besoin d'être assurée par des peines »[616]. On notera qu'en se multipliant et en se diversifiant, les lois pénales particulières ont tendance à s'organiser en disciplines propres. Emerge ainsi un droit pénal militaire[617], économique[618] et financier[619], administratif[620],

---

611 J.B. DENIS, La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial, Paris, L.G.D.J., 1977.

612 Voy. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *Les Novelles*, *Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol. 2, 1962.

613 Les *lois additionnelles et modificatives* sont celles qui sont incorporées au Code et qui ont abrogé, modifié, remplacé ou complété certaines de ses dispositions.

614 Les *lois complémentaires* ne font pas matériellement partie du Code pénal parce qu'elles sont postérieures à celui-ci mais elles le complètent parce qu'elles formulent des principes généraux relatifs à la répression. Ainsi, la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes; la loi du 7 juillet 1875 contenant des dispositions pénales contre les offres et les propositions de commettre des crimes ou des délits; la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation; la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude; la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse; la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine; la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental; la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (appelées à remplacer la loi de défense sociale du 1er juillet 1964). Ces lois qui sont postérieures au Code traduisent une philosophie nouvelle, plus porche de la « défense sociale » (cf. supra).

615 Il s'agit, en l'espèce, de certaines lois qui concernent des infractions mais qui ont été omises par le législateur de 1867. Elles sont, dès lors, censées faire partie du code. Ainsi, la loi du 20 décembre 1852 relative à la répression des offenses envers les chefs de gouvernement et la loi du 12 mars 1858 sur les crimes et délits qui portent atteinte aux relations internationales.

616 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, op. cit., p. 69, n° 115.

617 *R.P.D.B., v° Justice Militaire*, t. VII, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1950 ; J. GILISSEN, "Droit pénal et procédure pénale militaire", *Rev. dr. pén. crim.*, (Publication jubilaire 1907-1957), pp. 343 et s.

618 T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel du droit pénal financier*, Bruxelles, Kluwer, 2001 ; B. TAEVERNIER et *al*., *Les délits financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

social[621], fiscal[622], de l'environnement et de l'urbanisme[623], etc. En réalité, au fil du temps, le droit pénal « hors code » est devenu, d'un point de vue quantitatif, la partie la plus importante du droit pénal[624]. C'est notamment à son propos que l'on évoque la question de l'inflation législative pénale et de l'éclatement du droit pénal.

2. Le droit pénal commun et le droit pénal particulier

À cette division en termes d'objet s'ajoute traditionnellement une division en termes de nature. Quand on évoque le *droit pénal commun*, on désigne le droit pénal général et le droit pénal spécial contenu dans le Code pénal ainsi que dans les lois complémentaires. Ce « droit pénal commun » est censé représenter « la partie permanente et stable du droit pénal » ou constituer le « noyau dur » du droit pénal, celui qui répond aux nécessités fondamentales de l'ordre social (Kernstrafrecht, *real crimes* ou *moral offenses*). Par opposition, le *droit pénal particulier* englobe les infractions et les peines contenues dans les lois et règlements particuliers qui se situent en dehors du Code pénal proprement dit. Ainsi, la loi du 24 février 1921 sur le trafic des stupéfiants prévoit des incriminations et des peines et fait partie du droit pénal particulier. Ce droit pénal particulier constituerait un droit pénal conventionnel protégeant des valeurs moins fondamentales et plus variables (Nebenstrafrecht, Droit pénal de la périphérie, quasi crimes ou regulatory offenses)[625].

Cette distinction, qui se trouve déjà présente chez J.J. HAUS[626], renvoie également à celle que les positivistes italiens établissaient déjà entre les délits « naturels » et les délits « artificiels »[627]. L'évolution du droit pénal contemporain ne justifie plus une telle conception. Elle a été expressément remise en question dans l'*Avant-projet de Code pénal* de 1985. Le Commissaire royal R. LEGROS proposait, en effet, de regrouper dans le Livre II du Code pénal, à côté des infractions « classiques », les infractions actuellement dispersées dans différentes lois particulières afin de leur restituer leur caractère de comportement contraire à la morale sociale[628]. Aujourd'hui, le phénomène constant d'inflation pénale, qui se traduit surtout par la prolifération du droit pénal particulier, rend cet idéal d'intégration très aléatoire.

3. L'article 100 du Code pénal

---

619 T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel du droit pénal financier*, *op. cit.* ; B. TAEVERNIER et *al*., *Les délits financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

620 K. VAN HEDDEGHEM, B. DE RUYVER, T. VANDER BEKEN et G. VERMEULEN, Gewapend bestuursrecht gescreend. Juridische consequenties van het gewapend bestuursrecht als instrument in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit, Anvers, Maklu, 2002 ; R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (éds.), Les sanctions administratives, Bruxelles, Bruylant, 2007.

621 M. BARANYAI, et. al., *Dossiers Sociaal Strafrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2005; Ch.-E. CLESSE et G.-F. RANERI, *La doctrine juridictionnelle du droit pénal social*, Bruxelles, Larcier, 2010.

622 P.E. TROUSSE, "Les sanctions pénales du droit fiscal", *Rev. dr. pén. crim.*, 1962-1963, pp. 279 et s.; L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2002;.

623 B. JADOT, "Les régions belges et la répression des infractions spécialement dans le domaine de l'environnement", *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, pp. 1075 et s. D. DE WOLF, "Constitutieve bestanddelen van de stedenbouwmisdrijven in het Vlaams gewest: een eindelose bron van betwistingen?", in A. DE NAUW (éd.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 109 et s.

624 A cet égard, voy. GUILLAIN Ch., NEDERLANDT O., DERESTIAT P., VANSILIETTE F., CARTUYVELS Y., *Chronique de droit pénal 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux, 2017.

625 *Ibid.*, n° 71.

626 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e éd., t. I, 1879, reprint, Swinnen, 1979, p. 53, n° 91 et pp. 69-71, nos 115 et 116. "Un Code qui réunirait toutes ces dispositions pénales, non seulement prendrait un développement immense, mais ne formerait jamais une œuvre complète et stable, puisqu'il serait sujet à des changements continuels" (p. 70, n° 115)

627 R. GAROFALO, La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, op. cit., p. 1.

628 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, pp. 81-82. Voy. A. DE NAUW, "Bedenkingen over de hiërarchie van de waarden in het bijzonder strafrecht", *R.W.*, 1978-1979, col. 628 et s.

L'article 100 du Code pénal est un article charnière qui détermine dans quelle mesure les principes généraux du droit pénal (les articles 1 à 99 du Code pénal) sont applicables aux infractions et aux peines *contenues dans les lois et règlements particuliers*. Nous distinguerons ici trois situations :

a) *l'application des principes généraux du livre I aux infractions et aux peines prévues par le livre II du Code pénal*

Cette situation n'est pas prévue par l'article 100 du Code pénal, dans la mesure où la solution semble aller de soi. Dès lors que le Code pénal a été construit en 1867 comme un tout cohérent, il paraissait évident que les principes généraux du Livre I s'appliquent aux infractions et aux peines contenues dans le livre II. L'application de ces principes généraux a donc d'entrée de jeu été pensée *a priori* comme impérative et ce principe est toujours en vigueur.

Toutefois, certaines exceptions ont été introduites par la suite. Aussi, trouve-t-on, au livre II du Code pénal, certaines incriminations pourvues de principes de répression qui dérogent aux principes généraux prévus par le livre I du Code pénal. Un exemple : *en matière de crimes de droit humanitaire*, l'art. 136*septies* CP prévoit un régime spécifique en matière de tentative, de participation criminelle ou de provocation, qui déroge aux principes généraux fixés par les articles du livre I consacrés à ces mêmes questions.

b) *l'application des principes généraux du livre I CP aux infractions et aux peines contenues dans des lois et règlements particuliers*.

C'est bien cette situation - et celle-là uniquement - qui est réglée par l'article 100 CP, lequel dispose que :

> « *À défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers*, les dispositions du premier livre du présent code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements à l'exception du chapitre VII et de l'article 85 ».

La règle est la suivante :

* Les articles 1 à 99 CP (principes généraux du livre I) s'appliquent *a priori* aux infractions et aux peines contenues dans les lois et règlements particuliers, à l'exception du chapitre VII (participation criminelle) et de l'article 85 (réduction des peines correctionnelles en vertu de circonstances atténuantes).

* Toutefois (« *À défaut de dispositions contraires… »*), le législateur particulier peut décider de déroger à cette double règle : a) il peut décider de déroger aux principes du livre Ier CP (prévoir, par exemple, un autre régime en matière de récidive, de causes d'excuses, de concours d'infractions...) comme il peut b) déroger aux deux exceptions prévues par l'article 100 (et décider de rendre applicable le ch. VII et/ou l'article 85 CP).

On notera ici que nombre de lois pénales particulières, faisant usage de l'article 100 CP, rendent le chapitre VII et l'article 85 applicables, rétablissant en quelques sorte l'uniformité à laquelle l'article 100 fait partiellement obstacle[629]. Ainsi, l'article 6, al.1[er] de la loi du 24

[629] On citera ainsi, à titre d'exemple, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (art. 6), ou encore la loi du 14 août 1986 organisant la protection et le bien-être des animaux (art. 38). *A contrario*, ces dispositions ne sont

février 1921 sur les stupéfiants dispose que « Les dispositions du Livre Ier du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables aux infractions prévues par celle-ci ».

c) *l'application des principes généraux du livre I du Code Pénal aux infractions et aux peines contenues dans les décrets et les ordonnances des Régions et des Communautés.*

À cet égard, le principe a connu une évolution considérable que l'on peut synthétiser autour de trois étapes :

1. En 1980, l'art. 11 de la loi spéciale des réformes institutionnelles du 8 août 1980 ouvre une brèche dans le caractère étatique du droit pénal. L'article 11 octroie une compétence pénale aux Communautés et aux Régions en les autorisant à établir, dans les limites de leur compétence, des infractions et des peines. Se pose alors la question de l'application des principes généraux du livre I aux infractions et aux peines prévues par le législateur décrétal, question que l'article 11 de la loi du 8 août 1980 ne règle pas.

2. Dans deux arrêts du 23/12/1990 et du 17/01/1990, la Cour d'arbitrage décide que le livre I s'applique *totalement et sans exceptions* (le chap. VII et l'article 85 y compris donc) au droit pénal régional et communautaire. Le motif avancé pour justifier ce régime est de sauvegarder l'uniformité du droit pénal général et d'éviter la création de droits pénaux différents sur le plan des principes fondamentaux de la répression au niveau national, régional et communautaire.

3. En 1992, les accords de la Saint-Michel qui traduisent les avancées d'un fédéralisme de dissociation font un choix exactement inverse : les accords proposent d'autoriser le législateur décrétal (régional ou communautaire) à *déroger librement* aux dispositions du livre Ier du Code pénal. Ce choix sera entériné, avec un bémol, un an plus tard, par le nouvel article 11 de la Loi spéciale des réformes institutionnelles tel que modifié par loi spéciale des réformes institutionnelles du 16 juillet 1993. Cet article 11 nouveau énonce trois principes, qui sont d'application aujourd'hui :

- dans les limites de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines correspondantes (art.11, al.1).
- les dispositions du livre Ier s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières (art.11, al.1). Autrement dit, le législateur décrétal peut librement déroger aux principes généraux du Livre Ier C.P.
- l'avis conforme du Conseil des ministres est requis pour toute délibération au sein du gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre Ier du Code pénal (art.11, al. 2). Il s'agit du bémol : dès lors que le législateur décrétal souhaite établir une peine non reprise parmi les peines envisagées au livre Ier CP, il lui faut l'avis conforme du Conseil des ministres au niveau fédéral. Le terme « pénalisation » qui ne renvoie pas a une catégorie juridique précise fera sans nul doute l'objet d'interprétation[630].

évidemment pas applicables aux infractions pour lesquelles un tel rétablissement n'a pas été prévu. C'est ce qu'a rappelé la Cour d'arbitrage à propos de l'applicabilité de l'article 85 du Code pénal à l'infraction prévue par l'article 220 de la loi générale sur les douanes et accises coordonnée par l'A.R. du 18 juillet 1977: "Le fait que le juge ne puisse pas adoucir la peine au-dessous des limites fixées provient de ce qu'en l'absence d'une disposition expresse dans la loi pénale particulière, les dispositions du Code pénal relatives aux circonstances atténuantes ne peuvent être appliquées (art. 100 du Code pénal)" (C.A., n° 16/2001, 14 février 2001).

630 Voy. l'analyse par N. DE SADELEER, "Les transferts de compétence aux entités fédérées: l'environnement, l'agriculture et le pénal", *A.P.*, 1995, p. 192.

L'évolution suggère ici un double commentaire :

- d'une part, le législateur décrétal est clairement devenu un législateur particulier à part entière, seul législateur compétent pour édicter des incriminations et des peines dans les matières qui lui sont transférées ;
- d'autre part, cette évolution va dans le sens d'un démembrement du droit pénal fédéral, symptomatique d'une érosion du pouvoir de l'Etat central quand on connaît l'importance du droit pénal comme symbole de l'autorité étatique. Ceci peut aussi soulever des conflits de compétence, lesquels sont arbitrés par la Cour Constitutionnelle, qui se prononce sur la violation des règles constitutionnelles qui organisent la répartition des compétences (y compris en matière pénale) entre l'Etat, les Régions et les Communautés.

B. Le droit pénal formel

Le droit pénal formel (*adjective criminal law*) concerne l'ensemble des règles relatives à l'organisation judiciaire, à la compétence des cours et tribunaux et à la procédure (la poursuite, l'instruction, le jugement, les voies de recours) qui assurent la mise en œuvre des règles du droit pénal[631].

Ce droit de la procédure pénale est contenu, notamment, dans le Code d'instruction criminelle de 1808, profondément modifié par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction[632] et dans la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale, ainsi que dans diverses lois particulières.

Section 4. Les sources du droit pénal

Nous nous limitons ici à la question des sources spécifiques du droit pénal[633] qui, dans la tradition du droit continental européen, est classiquement associé à la loi, conçue comme seule source et fondement du droit pénal[634]. En ce sens, l'héritage de la pensée classique amène à considérer que « le droit pénal est légaliste »[635].

Le corolaire immédiat de ce rôle cardinal joué par la loi en droit pénal est la place prise par le *principe de légalité*. Nous rappellerons, tout d'abord, le sens et la portée de ce principe ainsi que les tempéraments dont il fait l'objet. Nous examinerons, ensuite, l'état actuel des sources du droit pénal, qui souligne le glissement d'une « légalité stricte » vers une « légalité élargie », tant sur le plan formel que substantiel.

§ 1. Le principe de légalité

En droit interne, le principe de la légalité en matière pénale est consacré par la Constitution.

---

631 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*

632 D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme 'Franchimont'. Commentaires de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, pp. 417 et s. ; I. WATTIER, « La réforme de la phase préparatoire du procès pénal », *R.R.D.*, 1998, pp. 29 et s.

633 À cet égard, *cf.* notamment Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I., *op. cit.*, pp. 139 et. s.

634 C. HAMSON, « La notion de légalité dans les pays occidentaux », *Rev. int. dr. comp.*, 1958, pp. 5 et s.

635 Fr. KUTY, Principes généraux du droit pénal belge, t. I, 2e éd., op. cit., pp. 66 et s.

L'article 12 dispose en effet que : « Nul ne peut être poursuivi que dans les *cas prévus par la loi* et dans les formes qu'elle prescrit ».

Le principe de légalité doit être entendu au sens large et porte non seulement sur le droit pénal *matériel*, à savoir la définition des infractions et les peines y applicables, mais également sur le droit pénal *formel*, à savoir les règles régissant la procédure pénale[636]. Si les infractions ne peuvent exister qu'à travers un texte légal, la recherche, la poursuite et le jugement des auteurs de celles-ci ne peuvent avoir lieu que dans les cas et les formes prévus par la loi.

Quant à l'article 14, il apporte toutefois un tempérament en disposant que : « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'*en vertu de la loi* »[637]. Cette disposition, dont la doctrine reconnaît qu'elle s'applique aussi bien aux incriminations qu'aux peines[638], adopte une conception plus large du terme « loi » et permet de fonder certaines délégations, ce qui élargit sensiblement les sources « légales » du droit[639].

Nous allons tenter ici de dégager les contours du principe de légalité pénale en distinguant la la légalité au plan formel, soit les sources du droit pénal, de la légalité au plan substantiel, soit le contenu et la portée du droit pénal qui doit rencontrer l'exigence de sécurité juridique.

A. Le principe de légalité au sens formel

1. La nature du principe de légalité au sens formel

Au sens formel, le principe de légalité en matière pénale pénale signifie que seul le pouvoir législatif peut édicter des règles de droit pénal, en créant des incriminations et en établissant des peines, et des règles de procédure pénale à savoir, les règles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes judiciaires en matière répressive ainsi que les règles relatives au déroulement des différentes phases du procès[640]. La formule *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*[641] traduit cette philosophie légaliste. Il en résulte que le droit pénal est, en principe, un droit écrit[642]. Inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ce principe n'est pas inhérent à la nature même du droit pénal[643] ; il est de nature

---

636 G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, 11e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1980, p. 8 ; M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 100 ; Fr. KUTY, « Les 175 ans de la Cour de cassation », *J.T.*, 2007, p. 662 ; Fr. Kuty, *Principes généraux de droit pénal belge*, La loi pénale, t. 1, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 73 à 75.

637 Sur l'interprétation des termes « en vertu de la loi », voy. l'analyse de M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, pp. 183 et s.

638 L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Louvain-Amersfoort, Acco, 1990, p. 102, n° 95.

639 C'est ainsi que notre régime constitutionnel autorise le Roi, les ministres, les Communautés, les Régions, les provinces, les communes à édicter des normes sanctionnées pénalement (G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, 4e éd. revue et mise à jour par A. VANDEPLAS, t. 1er, Bruxelles, Swinnen, 1980, p. 73).

640 Voy. Anvers, 26 mars 1993, *T.M.R.*, 1993, p. 239 : une loi est indispensable pour l'incrimination et la répression d'un comportement; dès lors, la référence aux *Treshold limit values* qui sont des normes modifiées annuellement par l'*American Conference of Governmental and Industrial Hygienists* ne suffit pas à cet effet.

641 Introduite par P.J.A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 20.

642 Sous réserve des principes généraux consacrés par la jurisprudence, tels que « nul n'est censé ignorer la loi » ou « *non bis in idem* » (Cass., 5 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 782). Notons également, dans certains cas, la référence qui est faite à la coutume ou à l'usage pour déterminer les conditions d'existence de l'infraction. Elle l'est parfois implicitement comme par exemple en matière de débauche (Bruxelles, 25 octobre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 330 : « l'appréciation de la notion de 'débauche' par le juge pénal se fait en fonction du lieu et de l'époque ; elle est tributaire de l'évolution des sentiments raisonnables du citoyen moyen ») ou de bonnes mœurs (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981).

643 Ainsi, ce principe n'est pas formellement reconnu dans le droit de la *Common Law* où le précédent judiciaire est source de droit (*judge made law*). Voy. J. HALL, *General Principles of criminal Law*, Indianapolis, Bobb Merrils, 1965, pp. 27 et s.; A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 5 et s.; 60 et s.

politique, en ce sens qu'il marque la limitation du pouvoir de l'Etat[644]. À l'époque des Lumières, on considère que seule l'intervention du pouvoir législatif, à l'exclusion en principe du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, garantit la liberté individuelle.

2. La portée du principe de légalité au sens formel

Tant la Cour de cassation que la Cour constitutionnelle ont été amenées à préciser la portée du principe et les contours de la délégation admissible sans porter atteinte au principe de légalité.

Dans un arrêt du 20 octobre 2004, rendu à propos de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 sur les drogues, la Cour d'arbitrage souligne d'abord la portée politique du principe de légalité :

> « En attribuant au pouvoir législatif la compétence, d'une part, de déterminer dans quels cas et dans quelle forme des poursuites sont possibles, d'autre part, d'adopter la loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée, les articles 12 al. 2 et 14 de la Constitution garantissent à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée *qu'en vertu d'une assemblée délibérante, démocratiquement élue* »[645].

La Cour fait ici sienne l'argument rousseauiste de la légitimité politique de la loi : celle-ci est légitime en tant qu'elle émane d'une assemblée représentant le corps social.

La Cour de cassation a, quant à elle, considéré que :

> « Le principe de légalité en matière répressive est un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution et par les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »[646].

Afin de respecter la séparation des pouvoirs, il est dès lors en principe exclu que les pouvoirs exécutif et judiciaire interviennent dans l'élaboration des normes pénales. Le monopole législatif en matière de *création* de la loi pénale doit cependant être nuancé à la lumière de plusieurs éléments. Le premier est de facture classique: il s'agit de la compétence exécutive accordée au Roi (a). Le deuxième est plus complexe et nécessite davantage de développements : il s'agit des directives de politique criminelle et des circulaires du Collège des procureurs généraux (b). Nous verrons ensuite comment le principe de légalité est encadré par des instruments internationaux.

a) La compétence exécutive accordée au Roi

Les matières pénales réservées au législateur ne sont pas exclusives de toute intervention du Roi, sur la base de l'article 108 de la Constitution qui attribue au Roi le pouvoir d'exécution

---

644 voy. S. GLASER, « Le principe de la légalité en matière pénale notamment en droit codifié et en droit coutumier », *Rev. dr. pén. crim.*, 1965-1966, pp. 899 et s.

645 C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, § B.5.3. Comme le relevait Michel Leroy ,« quand le Constituant de 1831 s'est fié à la loi, c'est souvent dans le but d'écarter le pouvoir exécutif - et la méfiance à l'égard de celui-ci était telle qu'il l'a fait souvent - ; sa préoccupation première était de réserver le pouvoir à une institution dont les principales composantes soient élues », M. LEROY, « L'avenir des matières réservées », *Rev. dr. U.L.B.,* 1999, p. 16. Voy., aussi, C.A. 11 mai 2005, n° 92/2005, § B.3.2.

646 Cass, 21 octobre 2014, P.14.0367.N. (disponible sur www.cass.be).

des lois[647]. Le Roi ne peut cependant agir qu'à la demande expresse du législateur et la loi doit fixer les principes essentiels dans lesquels doit s'inscrire l'intervention du Roi[648]. L'on constate cependant, depuis longtemps, que le législateur se borne souvent « à poser les principes d'une réglementation et à s'en remettre quant au surplus au Roi pour préciser les modalités d'application de ces principes, leur mise en œuvre, leur organisation »[649].

Par ailleurs, l'article 105 de la Constitution[650] autorise le législateur à déléguer, par le bais d'une loi dite de pouvoirs spéciaux ou d'habilitation, son pouvoir législatif au pouvoir exécutif, en l'autorisant à réglementer certaines matières particulières. Dans ce cas, le Parlement se limite à esquisser un cadre légal tout en octroyant au gouvernement la compétence de prendre des mesures réglementaires nécessaires. L'habilitation accordée au Roi est ici plus large que le pouvoir d'exécution des lois qu'il détient de l'article 108 de la Constitution. En effet, cette habilitation confère au pouvoir exécutif le pouvoir de prendre des dispositions par voie d'arrêtés dans des matières normalement réservées au pouvoir législatif, à condition que cette habilitation soit circonscrite « aux matières qui ressortissent à la compétence résiduaire du législateur »[651]. Ainsi, la loi du 24 février 1921 sur les drogues est une loi d'habilitation qui octroie au gouvernement de larges pouvoirs de réglementation. Le Roi peut ainsi déterminer les comportements et les substances incriminés qui se voient appliquer les peines fixées par la loi.

La Cour d'arbitrage a considéré qu'une délégation de pouvoirs accordée à l'exécutif n'est pas nécessairement contraire à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution dans la mesure où :

> « La Constitution ne va toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite. Une délégation conférée au Roi n'est dès lors pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur »[652].

La Cour a ainsi jugé que la loi du 24 février 1921 sur les drogues ne viole pas l'article 12, alinéa 2, de la Constitution dans la mesure où les composantes essentielles de l'incrimination sont fixées par la loi. En effet, « sont précisés dans la loi l'objectif qu'elle poursuit, les comportements et la nature des substances qu'elle vise ainsi que les peines applicables »[653].

L'habilitation octroyée au pouvoir exécutif doit dès lors être clairement définie dans la loi. Dans son arrêt précité du 20 octobre 2004, la Cour d'arbitrage a annulé, pour violation de l'article 12 de la Constitution, l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 de la loi sur les drogues

---

647 Article 108 Const. : « Le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ».

648 M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 93 et p. 103 : « la volonté du Constituant est de limiter - mais sans la supprimer totalement - la latitude dont jouit le Roi dans le cadre d'un tel pouvoir (…) En clair : le Roi peut prolonger la volonté du législateur, mais non y substituer sa propre volonté ».

649 J. FALYS, *Introduction aux sources et principes du droit*, Louvain, 1969, p. 52.

650 « Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ».

651 M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, p. 113.

652 C.A., 18 novembre 1998, arrêt n° 114/98, pt. B.3. ; C.A., 30 janvier 1999, *Rev. dr. pén. crim*., 1999, p. 808 ; voy. également Cass., 14 novembre 2012, P.11.1611.F. (disponible sur juportal.be) qui a affirmé que « le principe de légalité en matière pénale ne s'étend pas jusqu'à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination » et précisé que « lorsque la loi édicte une obligation de surveillance, de prévoyance ou de précaution et qu'elle en incrimine pénalement l'inexécution, il n'est pas nécessaire, pour que la norme satisfasse au principe de légalité, qu'elle détaille les mesures en l'absence desquelles l'obligation sera réputée méconnue ».

653 *Ibid*., B.5.

permettant de ne pas exercer de poursuites à l'encontre d'un majeur qui détient du cannabis à des fins d'usage personnel :

> « Lorsque la loi dispose que la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel, malgré son caractère punissable, n'est, sous certaines conditions, pas dénoncée au parquet, mais uniquement enregistrée par la police, il s'impose que cette quantité *soit clairement déterminée*. (…). *Bien qu'il soit admissible en soi que le soin de déterminer cette quantité soit laissé au pouvoir exécutif, la mission que le législateur lui confie à cette fin doit imposer de façon univoque de déterminer une quantité clairement définie* »[654].

Si la théorie semble couler de source, les limites d'une délégation restant conforme au principe de légalité ne sont pas toujours aisées à tracer en pratique et la Cour Constitutionnelle s'est parfois montrée d'une souplesse surprenante à cet égard. Dans un arrêt du 2 février 2005, la Cour a été amenée à examiner l'article 6 de la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière. Cet article 6 modifie l'article 29 des lois relatives à la circulation routière, lequel prévoit trois catégories d'infractions graves assorties de peines spécifiques, mais délègue au Roi le soin de désigner, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les infractions qui entrent dans chacune des trois catégories d'infractions visées par l'article 29.

Cette délégation au Roi est-elle conforme ou porte-t-elle atteinte au principe de légalité ? Après avoir rappelé les limites de la délégation, la Cour laisse d'abord entendre que celle-ci ne respecte pas ici le principe de légalité, au motif que l'article 6 de la loi « s'abstient de fixer les critères qui doivent permettre au Roi d'opérer la distinction qu'il est habilité à faire, de telle sorte qu'elle lui délègue une compétence sans indiquer les éléments essentiels sur la base desquels elle doit s'exercer ». Malgré cela, la Cour admet néanmoins la délégation, au motif que « la mission confiée au Roi concerne non pas la création de nouvelles incriminations mais le classement de celles qui existent déjà » et que « l'objectif retenu par le législateur » (réduire le nombre de tués sur les routes), « la technicité de la matière, la multiplicité des infractions et la nécessité de pouvoir les adapter à l'évolution du trafic routier » peuvent justifier le recours à des dispositions réglementaires en raison de leur souplesse. La Cour précisera néanmoins que « de tels éléments ne pourraient toutefois justifier que la classification des infractions en matière de circulation routière échappe à l'avenir au débat parlementaire »[655].

À l'instar de plusieurs auteurs, on peut se poser la question de la pertinence de la technique d'habilitation, jugée souvent excessive[656]. Des habilitations générales (sans, par exemple, que le législateur ne fixe le minimum ou le maximum des peines) traduisent, à notre sens, une interprétation abusive de la Constitution. Plus radicalement, la pratique même de ces

---

654 C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, § B.6.3.

655 C.A., 2 février 2005, n° 27/2005 Sur cet arrêt, *cf*. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 378-379. Voy., dans le même sens, et à propos de la même loi, Cass., 8 mars 2006, P.051556.F. (disponible sur juportal.be) qui a admis que le principe de légalité avait en l'occurrence été respecté, « même si le législateur s'est limité à définir les peines par catégories d'infractions et a délégué au Roi la compétence de déterminer ... les qualifications répondant à ces différentes catégories ». On notera également que, par la suite, le législateur a néanmoins adopté la loi du 21 décembre 2006 relative à la confirmation de l'arrêté royal du 30 septembre 2005 désignant les infractions par degré aux règlements généraux, pris en exécution de la loi relative à la police de la circulation routière.

656 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 41 : « nos libertés publiques ne sont-elles pas menacées si, par le simple fait de lois de pouvoirs spéciaux 'dont on connaît l'imprécision des finalités qu'elles assignent au Roi' ainsi habilitée, le pouvoir exécutif peut édicter des normes pénales, notamment d'incrimination ? Une telle pratique respecte-t-elle encore le prescrit de l'article 12, alinéa 2 nouveau de la Constitution et l'esprit qui a présidé à sa rédaction ? » et les sources citées par ces auteurs.

habilitations qui multiplie les interventions du pouvoir exécutif dans des matières réservées au pouvoir législatif affaiblit singulièrement le principe de la légalité et, partant, l'état de nos libertés. On considère toutefois que l'habilitation doit être limitée dans le temps, dans la mesure où elle « ne peut, en tout cas, avoir pour effet de priver, pendant un temps trop long, les Chambres législatives des compétences qui leur sont directement attribuées par la Constitution »[657].

b) Les directives de politique criminelle et les circulaires du Collège des procureurs généraux[658]

L'article 151, § 1er, de la Constitution énonce que : « le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite »[659]. Conformément à l'article 143*quater* du Code judiciaire, le ministre de la Justice arrête les directives de politique criminelle, après avoir pris l'avis du Collège des procureurs généraux[660], tandis qu'aux termes de l'article 143*bis* du Code judiciaire, le Collège des procureurs généraux est chargé de mettre en œuvre et de coordonner la politique criminelle telle qu'arrêtée par le ministre de la Justice[661], à travers l'élaboration de circulaires.

Si, dans la pratique, la directive de politique criminelle est un instrument peu utilisé, l'usage des circulaires du Collège des procureurs généraux s'est largement répandu ces dernières années. Il existe en effet des centaines de circulaires, portant sur le fonctionnement général de la justice, qui émanent du Collège des procureurs généraux[662]. Ces circulaires peuvent préciser la portée d'une nouvelle loi ou d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, viser à établir un traitement uniforme des infractions, attirer l'attention sur la publication d'une loi, expliciter une nouvelle procédure, notifier un problème d'application de la loi pénale dans le temps, établir une méthodologie, un vade-mecum,… En somme, c'est le Collège des procureurs généraux qui édicte la politique de recherche et de poursuites, indépendamment de toute politique criminelle élaborée par le ministre de la Justice et sans débat parlementaire si ce n'est *a posteriori*, dans le cadre de questions parlementaires. Il est d'ailleurs symptomatique de lire, sur le site du ministère public, que le « Collège a poursuivi très activement son travail essentiel d'élaboration de la politique criminelle »[663].

Dans la mesure où les directives de politique criminelle et circulaires du Collège des

---

657 Avis du Conseil d'État sur le projet de loi visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, *Doc. parl.*, Ch., 1995-1996, n° 608/1, p. 19 ; C.A., 18 février 1998, *Tijdschrift voor Wetgeving*, 1998/1, p. 10, note P. POPELIER, « Bijzondere machten en het Arbitragehof. Over het legaliteitsbeginsel en de werking van normen in de tijd »).

658 Cette partie est empruntée à Ch. GUILLAIN, M. ALIE, « La légalité en procédure pénale : mutations contemporianes d'une exigence constitutionnelle », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOULMI, B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 101-139.

659 Deux alinéas ont été ajoutés à l'article 151 de la Constitution le 6 janvier 2014, dans le cadre de la sixième réforme de l'Etat, pour préciser que les Communautés et Régions disposent du droit, dans les matières qui relèvent de leurs compétences, d'ordonner des poursuites et de participer à l'élaboration de la politique criminelle (al. 2 et 3).

660 Le Collège des procureurs généraux est composé des cinq procureurs généraux près les cours d'appel et est placé sous l'autorité du ministre de la Justice (art. 143*bis* C. jud.).

661 Sur la base de l'article 11 de la loi spéciale de réformes constitutionnelles du 8 août 1980, un accord de coopération a été conclu, le 7 janvier 2014, entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions relatif à la politique criminelle et à la politique de sécurité, visant à « améliorer la cohésion de la politique criminelle et de la politique de sécurité, en impliquant plus étroitement les entités fédérées, pour ce qui concerne les matières qui relèvent de leurs compétences, dans ces politiques » (art. 1er).

662 235 circulaires ou directives du collège des procureurs généraux ont été recensées sur le site du ministère public pour les années 2004 à 2018 (http://www.om-mp.be/fr/node/57), mais certaines ne sont pas reprises ou sont classées confidentielles.

663 Rapport annuel 2016 du ministère public, préambule, disponible à l'adresse suivante : http://www.om-mp.be/sites/default/files/u1/rapportannuel_2016_fr.pdf.

procureurs généraux exercent une influence indéniable sur l'activité pénale, elles posent question eu égard au principe de légalité, agissant tantôt comme béquille du droit pénal ou de la procédure pénale quand elles viennent pallier les errances du législateur, tantôt comme moteur de l'action publique quand elles dessinent les contours des incriminations et des peines ainsi que ses modalités de poursuites.

Nous pouvons, à cet égard, reprendre l'exemple du contentieux des drogues, à travers l'arrêt précité du 20 octobre 2004 où la Cour d'arbitrage a annulé, pour violation de l'article 12 de la Constitution, l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 de la loi sur les drogues pour violation du principe de légalité. Délaissant la voie de la modification légale, les autorités politiques adopteront une directive de politique criminelle, en date du 25 janvier 2005, qui déroge aux règles de procédure pénale en invitant les forces de police, en cas de constatation d'une détention de cannabis, à rédiger un procès-verbal simplifié (en lieu et place d'un procès-verbal ordinaire) et à ne pas saisir les substances prohibées[664]. Quelques années plus tard, les sanctions en matière de détention de cannabis pour usage personnel seront revues à la hausse par l'entremise d'un arrêté royal du 6 septembre 2017 réglementant les substances stupéfiantes, psychotropes et soporifiques[665]. Dans la foulée de cet arrêté royal**,** une circulaire est adoptée en date du 18 juin 2018[666] pour opérer une distinction, dans la politique des poursuites, selon que les faits de détention de cannabis sont commis sur la voie publique ou en un lieu accessible au public, de manière ostentatoire ou non. La circulaire déroge à nouveau aux règles de droit pénal et de procédure pénale en stipulant que la détention de cannabis pour l'usage personnel, opérée « sans ostentation » sur la voie publique ou en un lieu accessible au public, doit donner lieu à la rédaction, par les services de police, d'un procès-verbal simplifié. Dans ce cas, l'infraction sera considérée comme « relevant du degré de priorité le plus bas de la politique des poursuites ». Lorsque les faits sont commis « de manière ostentatoire » sur la voie publique ou en tout lieu accessible au public, un procès-verbal ordinaire est dressé et les faits peuvent faire l'objet de mesures de la part du parquet, telles qu'une probation prétorienne, une transaction pénale ou une procédure de « médiation et mesures » (anciennement médiation pénale).

Les directives de politique criminelle et les circulaires du Collège des procureurs généraux sont ainsi élevées au rang de palliatif législatif et leur force normative considérée comme équivalente à celle de la loi qu'elle sont censées corriger[667].

D'autres exemples peuvent être cités. Ainsi, suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 février 2013[668] à propos de la loi dite « Salduz » du 13 août 2011[669], le Collège des procureurs généraux adopte une circulaire relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat lors d'une audition pénale[670]. Dans son rapport annuel, le ministère public précise, à propos de cette

---

664 Directive relative à la constatation, l'enregistrement et la poursuite des infractions en matière de détention de cannabis, adoptée, le 25 janvier 2005, par la ministre de la Justice et le Collège des procureurs généraux, *M.B.*, 31 janvier 2005.

665 *M.B.*, 26 septembre 2017.

666 Circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux relative à la constatation, l'enregistrement et la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites, n° 15/2015, 18 juin 2018. La circulaire n'a pas été publié au *Moniteur belge* et n'est pas accessible sur le site du Collège du ministère public, mais elle est consultable sur le site de l'ASBL FEDITO : https://feditobxl.be/fr/2018/06/mise-a-jour-col-15-2015/.

667 Pour plus de précisions, voy. Ch. GUILLAIN, « Les directives de politique criminelle comme source du droit », *in* Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GERARD, I. HACHEZ, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles, Université Saint-Louis, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012, pp. 362 et suiv.

668 C.C., 14 février 2013, n° 7/2013.

669 Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté.

670 Circulaire n° 9/2013 du Collège des procureurs généraux relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat dès la première audition dans le cadre de la procédure pénale belge, 13 mars 2013.

circulaire, que le « Collège a choisi de ne pas attendre l'intervention du législateur et de revoir immédiatement l'ensemble des directives à la lumière des annulations et des interprétations »[671].

Nous pouvons encore mentionner les circulaires des 17 février 2016 et 18 janvier 2018, adoptées dans le cadre de la loi du 5 février 2016, dite « pot-pourri II », ayant autorisé la correctionnalisation de tous les crimes. Si la modification législative n'a pas pour vocation une correctionnalisation généralisée[672], la circulaire du 17 février 2016 du Collège des procureurs généraux affiche la volonté du parquet de correctionnaliser tous les crimes, mêmes les plus graves[673]. La circulaire prescrit en effet au ministère public de correctionnaliser tous les crimes, à l'exception de ceux pour lesquels il entend requérir la peine de la réclusion à perpétuité, en raison de l'absence de circonstances atténuantes[674]. L'annulation partielle de loi du 5 février 2016 par la Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 21 décembre 2017[675], acculera le Collège des procureurs généraux à édicter une nouvelle circulaire, en date du 18 janvier 2018, intitulée « Directive Flash ». Interprétant l'arrêt de la Cour constitutionnelle, le Collège estime que toutes les décisions renvoyant les crimes devant le tribunal correctionnel, en application des dispositions légales annulées, gardent leurs effets « tant en ce qui concerne la saisine du tribunal correctionnel qu'au niveau de la peine applicable » tout en précisant que « tout jugement ou arrêt adoptant un point de vue différent fera l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation »[676].

Enfin, la gestion de la crise liée à la pandémie Covid-19, est également révélatrice de cette tendance[677]. À l'initiative du Collège des procureurs généraux, figure de proue dans la répression des infractions Covid, une nouvelle politique criminelle a vu le jour, à travers l'adoption de nombreuses circulaires. Dès le 25 mars 2020, le Collège des procureurs généraux a adopté une circulaire COL 6/2020 relative à la mise en œuvre judiciaire de l'arrêté ministériel du 24 mars 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 (ci-dessous « COL-6 »). Elle est modifiée une première fois le 7 avril 2020 afin d'intégrer des dispositions relatives à la poursuite des infractions Covid par les SAC, à la suite de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal de pouvoir spéciaux n° 1 du 6 avril 2020. Elle fait ensuite l'objet de nombreuses modifications. En un an et demi, la circulaire a été révisée à vingt-deux reprises.

La COL-6 précise notamment la politique de recherche et de poursuite des infractions Covid par les policiers et les parquets. Elle fait des infractions Covid, une « priorité » dans la politique des poursuites, dissuadant le ministère public de procéder au classement sans suite pour des motifs d'opportunité[678], malgré la gravité toute relative des infractions Covid au regard d'autres infractions pénales. Cette politique, dérogatoire au fonctionnement classique

---

671 Rapport annuel 2012-2013 du ministère public, préambule, disponible à l'adresse suivante : http://www.om-mp.be/om_mp/files/politique-gestion/collegePG/FR/RapportAnnuel_20122013_FR.pdf

672 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch.repr., 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 112-115.

673 Même les crimes de droit international humanitaire pouvaient être correctionnalisés.

674 Circulaire n° 2/2016 du Collège des procureurs généraux concernant les directives en matière d'affaires criminelles, 17 février 2016.

675 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017.

676 Circulaire n° 2/2018 relative à l'arrêt n° 148/2017 de la Cour constitutionnelle, p. 2.

677 Pour plus de précisions, voy. D. TATTI, « Des ''(a)normalités'' en temps de COVID-19 : quelles mutations en matière pénale ? Réflexions critiques à propos des normes fédérales et régionales bruxelloises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, pp. 761-789.

678 « Sauf cas exceptionnels pour lesquels le procureur du Roi prend lui-même la décision, seul un classement sans suite pour des raisons techniques (absence d'infractions, manque de preuves, …) sera autorisé », COL-6, version du 6 mai 2020, p. 22.

du ministère public[679], limite drastiquement le pouvoir d'appréciation dont les substituts jouissent d'habitude dans la poursuite des infractions. Ainsi, à la date du 14 février 2021, seuls 2 % des dossiers « Covid » ont fait l'objet d'un classement sans suite pour motif d'opportunité[680]. En comparaison, il représente près de 40% de l'ensemble des dossiers clôturés par les parquets, tous contentieux confondus, pour l'année 2020. Par ailleurs, la COL-6 privilégie le recours à la transaction pénale, mécanisme prévu à l'article 216*bis* du Code d'instruction criminelle qui prévoit l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent, dans le cadre de la répression des infractions Covid. Sur les 185 000 dossiers traités par les parquets depuis le mois de mars 2020, 60% ont fait l'objet d'une transaction pénale, à l'initiative exclusive du ministère public, là où, en temps normal, cette procédure n'occupe qu'une place marginale dans les statistiques judiciaires (moins de 10%).

Les circulaires et directives précitées viennent ainsi illustrer le poids considérable du Collège des procureurs généraux dans la conduite des affaires pénales. Le ministère public n'hésite d'ailleurs pas à déclarer qu'il exerce « un véritable rôle charnière entre les pouvoirs de l'État »[681]. Si le Collège des procureurs généraux vient régulièrement pallier les maladresses du pouvoir législatif, les instruments qu'il adopte s'imposent aux particuliers et aux juges du fond et peuvent avoir un impact considérable sur l'exercice des poursuites, les modalités de celles-ci et, dès lors, les peines applicables. Une délégation croissante est ainsi opérée envers les autorités judiciaires pour déterminer des règles de droit pénal et de procédure pénale, ce qui vient contrarier le principe de légalité d'autant que ces instruments sont difficilement accessibles, n'étant pas soumis à l'obligation de publication au *Moniteur belge* et étant parfois classés confidentielles. Ainsi, sur les 235 circulaires adoptées entre 2004 et 2018 par le Collège des procureurs généraux et recensées sur le site du ministère public, 42 sont classées confidentielles et dès lors inaccessibles, soit près de 18 %. La tendance à « légiférer » par voie de directives et de circulaires en matière de politique criminelle ainsi que le contenu « souple » de ces textes semblent témoigner clairement d'un déclin du principe de légalité en matière pénale. Comme le souligne H. Dumont, ces pratiques contemporaines illustrent parfaitement le phénomène dit des « boucles étranges », soit « une interaction entre des normes ou des autorités supérieures et des normes ou des autorités inférieures, intercation qui a pour particularité d'intervertir le sens de la logique hiérarchique : le processus de production du droit voit des normes du niveau inférieur déterminer, contre toute attente, celles du niveau supérieur »[682].

3. Les conséquences du principe de légalité au sens formel

Du principe de légalité découlent certaines conséquences. La *légalité des incriminations* implique que seule une « loi » » peut ériger un comportement en infraction. Il en résulte que :

---

679 Sur la base de l'article 28*bis* du Code d'instruction criminelle, le ministère public détient l'opportunité de poursuites, c'est-à-dire qu'il dispose du pouvoir de décider de la suite qui sera donnée aux affaires pénales dont il est saisi.

680 Chiffres publiés sur le site du ministère public : https://www.om-mp.be/fr/article/apercu-donnees-chiffrees-relatives-aux-infractions-aux-mesures-lutte-contre-propagation-du-0

681 Rapport annuel 2010-2011 du ministère public, préambule, disponible à l'adresse suivante : http://www.om-mp.be/om_mp/files/politique-gestion/collegePG/FR/rapportannuel_20102011_FR.pdf.

682 H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre Etat de droit et démocratie », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOULMI, B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril* , Bruxelles, Larcier, 2019, p. 849.

1. Le juge ne peut juger ou punir des faits qui ne sont pas érigés en infraction par la loi, quelle que soit son opinion sur leur moralité ou leur dangerosité. C'est en ce sens que l'on dit que le droit pénal est un droit strict : « la loi absorbe la totalité de l'ordre juridique pénal »[683].

2. Le juge doit, en outre, constater dans sa décision l'existence des conditions auxquelles la loi subordonne son application et indiquer les dispositions légales sur la base desquelles il déclare les faits établis (voir *infra*, chapitre V sur la peine).

La légalité des *peines* implique que seul le législateur peut déterminer la nature et la mesure de la peine[684]. Il en découle que :

1. Le juge ne peut prononcer de peine si la loi n'en prévoit pas[685].

2. Le juge ne peut prononcer une peine différente (ni dans son taux, ni dans sa nature) de celle prévue par la loi, sous réserve des mécanismes de correctionnalisation ou de contraventionnalisation d'une infraction ou s'il retient des circonstances atténuantes ou des causes d'excuses (voir *infra*, chapitre V sur la peine).

3. Si l'infraction et ses conditions de réalisation sont constatées, le juge a l'obligation de prononcer la peine édictée par la loi. Il ne bénéficie pas ici de la liberté du ministère public qui dispose, lui, de « l'opportunité des poursuites ». Le prononcé de la peine est obligatoire, mais il existe néanmoins diverses exceptions (voir *infra,* syllabus II, chapitre V sur la peine).

En outre, dans certaines matières « para-pénales », les peines légales, dont la nature et le taux sont fixés par la loi, sont remplacées par des « mesures de protection » ou de « sûreté » dont le contenu est souple et la durée souvent indéterminée. C'est le cas pour les mineurs en matière de protection de la jeunesse ou pour les auteurs de faits qualifiés infraction atteints d'un trouble mental en matière d'internement (voir *infra*, chapitre III sur l'infraction).

B. Le principe de légalité au sens substantiel

L'aspect substantiel du principe de la légalité vise une certaine « qualité » de la loi elle-même[686]. Il impose au législateur de définir les infractions et les sanctions avec clarté et précision[687], de sorte que le citoyen puisse savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est punissable ou non et de quelle peine[688].

Un double enjeu, déjà mis en lumière par la pensée classique, se décline derrière cette exigence de clarté et de précision. D'une part, il s'agit d'assurer la sécurité juridique au citoyen[689]. Celui-ci doit pouvoir diriger sa conduite en connaissant la peine qui lui serait applicable en cas de violation de la loi. D'autre part, il s'agit de respecter la séparation des

683 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit*., n° 48, p. 65.

684 *Ibid*.., n^{os} 27 et 28.

685 Cass., 14 novembre 2012, RG P.11.1611., *Pas*. 2012, n°612.

686 *Cf.* notamment M. DELMAS-MARTY, « Légalité criminelle et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 154.

687 L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *De la règle ''nulla poena sine lege'',* Paris, 1910 ; J. CONSTANT, « De la légalité des peines », *Rev. dr. pén. crim.*, 1935, pp. 569 et s.

688 Cass. 2 juin 2009, RG P. 09.0071. N, Pas., 2009, n°366.

689 P. TRAEST, "Rechts(on)zekerheid in materieel strafrecht en strafrechtelijke legaliteitsbeginsel", *R.W.*, 1993-1994, pp. 119 et s. ; A. DE NAUW, "Nieuwe wendingen inzake het *lex certa* beginsel", *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, *op. cit.*, vol. II, pp. 657 et s.

pouvoirs et d'éviter l'arbitraire des juges que rendrait possible des incriminations aux contours trop flous.

Le principe, qui découle des articles 12 et 14 de la Constitution, ainsi que de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a été régulièrement rappelé, tant au niveau belge qu'européen.

Ainsi, dans un avis rendu sur le projet de loi du 12 mars 1997 relatif aux organisations criminelles, le Conseil d'Etat en souligne la raison et les conséquences :

> « Ce principe (de la légalité) est écrit pour le pouvoir qui fait la loi autant que pour celui qui l'applique, car il trace les domaines respectifs d'action de l'un et de l'autre. Le pouvoir législatif est tenu de faire des règles que le pouvoir judiciaire doit, pour sa part, appliquer en en respectant les termes. Le seul moyen de garantir cette rigoureuse séparation des pouvoirs – et, par suite, de conjurer tout risque d'arbitraire de la part des juges – est de rédiger les lois pénales de la façon la plus précise. Le pouvoir législatif viderait de sa substance le principe constitutionnel de légalité s'il se bornait à poser des règles pénales ne donnant aux juges que de vagues directives car il les obligerait ainsi, du même coup, à compléter les règles applicables... Le principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation de prudence, de disposer par des règles précises »[690].

La Cour d'arbitrage, puis la Cour Constitutionnelle ont, à leur tour, régulièrement rappelé ce principe et son objectif de sécurité juridique, en mobilisant les articles 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 12 et 14 de la Constitution :

> « Il découle des dispositions précitées que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, si ce comportement est punissable ou non et la peine éventuellement encourue. Les principes de légalité et de prévisibilité sont applicables à l'ensemble de la procédure pénale. Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines »[691].

La Cour constitutionnelle souligne cependant que cette exigence ne s'oppose pas à ce que la loi laisse une marge raisonnable d'interprétation au juge, en raison du « caractère de généralité des lois », de « la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent » et « de l'évolution des comportements qu'elles répriment » :

> « Le principe de légalité en matière pénale procède en outre de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse

---

690 Avis C.E., *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 954/1, p. 13.

691 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, B. 34. 3. Voy. aussi C.C., 28 février 2013, n° 20/2013, B. 9.

> évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation. *Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment* »[692].

Ce faisant, la Cour adopte une position conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, après avoir rappelé que le principe de légalité, tel que prévu à l'article 7 de la Convention, impose au législateur de définir des infractions claires et précises, à des fins de prévisibilité et de sécurité juridique, reconnaît que « le libellé de bien des lois ne présente pas une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues (…). L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique »[693] ou encore que « le caractère général des lois ne peut présenter une précision absolue » et qu'en conséquence, « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire (…). On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »[694]. Comme le souligne la Cour de cassation, le fait que le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation n'est pas en soi contradictoire avec cette exigence d'une prévisibilité raisonnable »[695].

Le principe de légalité au sens substantiel admet donc un certain « flou » et qu'une certaine délégation soit accordée aux juges pour interpréter le sens de la loi pénale. Comme le souligne le philosophe du droit H.L.A. HART, ceci est clairement inévitable : « en tant qu'ils sont marqués par la condition humaine en effet, les hommes qui légifèrent ne peuvent posséder une telle connaissance de toutes les combinaisons possibles de circonstances que l'avenir est susceptible de faire apparaître »[696]. La question est alors de savoir jusqu'où le « flou » de l'incrimination et le pouvoir d'interprétation qu'il donne au juge sont acceptables pour que la portée de la disposition pénale demeure « raisonnablement prévisible »[697]. La réponse, donnée par la Cour Constitutionnelle – et ici encore conforme à la position de la Cour Européenne des droits de l'homme – est formulé en termes abstraits :

> « La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, éventuellement lue en combinaison avec les règles auxquelles elle se réfère, et au besoin à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »[698].

---

692 C.A. 11 mai 2005, n° 92/2005, § B.3.2. ; C.C., 6 décembre 2012, n°145/2012, § B. 7.

693 Cour. eur. D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, §§ 40 et 52.

694 Cour. eur. D.H., 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, § 36 ; Cour. eur. D.H., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, § 100.

695 Cass., 13 décembre 2016, *R.C.J.B*, 2019, p. 25 et note Fr. KUTY, « La contribution des cours et tribunaux à l'élaboration du droit pénal ». Voy. aussi M. LYS, « Le principe de la légalité pénale dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004 : entre rigueur et valeurs », *Rev. b. dr. const*., 2005, pp. 377-398 : « cela signifie qu'une disposition pénale n'est pas contraire au principe de la légalité si, pour en expliciter le contenu précis, il faut s'en référer à l'interprétation qu'en donnent les cours et tribunaux ».

696 H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, USL-B, 2006, p. 147.

697 Cass. 24 mars 2015, RG P.131134. N, *Pas*., 2015, n°214.

698 C.C., 6 décembre 2012, n°145/2012, § B. 7.

Répétant ce principe à plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a été amenée à l'interpréter dans des sens divers, au terme d'une jurisprudence casuistique qu'elle revendique elle-même, en soulignant que le respect du principe de légalité s'apprécie au cas par cas et en tenant compte d'éléments divers de l'infraction propres à chaque disposition concernée. C'est ce qu'elle souligne, lorsqu'elle pose, dans plusieurs arrêts, que « ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, de déterminer si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale »[699]. La Cour estime ainsi que les notions de « mesure technique efficace » et de « but commercial limité », prévues à l'article 79*bis*, § 1er, alinéa 2, 2° de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ne violent pas le principe de légalité. La Cour précise ici que, « en vue d'apprécier l'incrimination à la lumière du principe de légalité, il faut enfin avoir à l'esprit qu'elle vise des personnes qui sont parfaitement au courant des évolutions technologiques, de sorte que l'on peut attendre de leur part qu'elles fassent preuve de la vigilance nécessaire pour mesurer le caractère répréhensible de leurs comportements »[700]. La Cour de cassation n'en décide pas autrement en stipulant que « la légalité d'une disposition pénale requiert, qu'en soi ou conjointement avec d'autres dispositions, elle qualifie d'une manière suffisamment précise le comportement considéré comme étant punissable ; il est satisfait à cette exigence lorsqu'à la lumière de cette disposition, les personnes auxquelles celle-ci est applicable - compte tenu, éventuellement, de leur qualité particulière ou de leur fonction - ont la possibilité de connaître les faits ou les omissions qui sont susceptibles d'entraîner leur responsabilité pénale, même si la détermination de leur qualification est abandonnée au juge »[701]. Elle a ainsi considéré consiéré que l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, n'est pas contraire au principe de légalité, dans la mesure où le concept de « discrimination » est suffisamment clair et précis pour que les individus connaissent la portée de la loi, même si'l revient au juge de vérifier l'existence d'une justification objective et raisonnable pour expliquer la différence de traitement[702].

Sous son angle substantiel, le principe de la légalité est donc clairement ébranlé par l'évolution du droit pénal en regard de sa conception par les penseurs classiques[703]. Le recours à des concepts flous marque en effet de plus en plus le développement du droit contemporain, ce qui constitue une entorse au principe de la légalité[704]. La Cour Constitutionnelle censure parfois le législateur. C'est par exemple le cas dans son arrêt précité du 20 octobre 2004 par lequel la Cour a annulé l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 sur les drogues, pour violation du principe de légalité :

> « le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite, spécialement (…) depuis l'adoption de

699 C.A., 15 mars 2006, n°40/2006 ; C.C., 6 décembre 2012, n°145/2012, § B. 7.

700 C.C., 12 novembre 2009, n° 182/2009.

701 Cass., 28 novembre 1997, *Pas*. 1997, I, p. 1270.

702 M. LYS, « Le principe de la légalité pénale dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004: entre rigueur et valeurs », *op. cit.*, 2005, p. 383.

703 Certaines législations l'ont remis en question comme le Code pénal soviétique de 1921. Voy. J. BELLON, *Droit pénal soviétique et droit pénal occidental*, Paris, Editions de Navarre, 1961.

704 Ainsi l'incrimination de « harcèlement » par exemple (art. 422*bis* CP), ne fait l'objet d'aucune définition légale, alors que les travaux préparatoires insistent continuellement sur le fait que « les éléments constitutifs de l'infraction doivent (...) être définis de manière très précise », *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 1046/8, pp. 5 et 6.

> l'article 151 de la Constitution, qui a consacré le 'droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite'. Il est cependant requis que la loi ne méconnaisse pas les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale[705]. En l'espèce, cette exigence s'impose d'autant plus que la disposition entreprise déroge à plusieurs égards aux règles générales du droit répressif, notamment pour ce qui est de la compétence du ministère public et de l'obligation de déclaration des services de police en cas de constatation d'infractions (…). En tant que la disposition entreprise ne satisfait pas à ces exigences et permet (…) que la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel soit notamment déterminée sur la base d'éléments subjectifs, celle-ci n'a pas un contenu normatif suffisamment précis pour être conforme au principe de légalité en matière pénale ». Pour la Cour, le flou des notions reprises à l'article 16 de la loi sur les drogues -telles que « nuisances publiques » ou « usage problématique », confère aux policiers « un pouvoir d'interprétation (…) qui est une source d'insécurité juridique et n'est pas conforme au principe de légalité en matière pénale »[706].

C'est encore le cas dans son arrêt 44/2019 du 14 mars 2019, dans lequel la Cour est amenée à examiner si l'article 46*bis*/1 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 17 mai 2017 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de promouvoir la lutte contre le terrorisme, ne viole par le principe de légalité. Cet article 46*bis*/1 enjoint aux travailleurs sociaux de transmettre au parquet des « renseignements administratifs » et des « informations pouvant constituer des indices sérieux d'une infraction terroriste » à la demande du parquet[707]. La Cour estimera que, si « les termes 'renseignements administratifs' sont suffisamment clairs, compte tenu du caractère général et abstrait de la loi pénale » (B.14), en revanche, en « faisant référence à des 'informations pouvant constituer des indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre Ier du Code pénal', l'article 46*bis*/1 § » du Code d'instruction criminelle est formulé en des termes trop vagues, qui sont source d'insécurité juridique » (B. 15).

Néanmoins, au-delà de ces deux exemples, force est de constater que la Cour constitutionnelle semble aujourd'hui faire preuve d'une plus grande souplesse dans l'appréciation du principe de légalité en matière pénale.

Il en est de même concernant la Cour de cassation qui a conclu à la légalité de la notion de « diligences normales » dans la loi relative à la comptabilité des entreprises[708], à celle de « fraude » dans l'article 314 du Code pénal[709] ou, encore, à l'objectif de « favoriser le bien-être animal en répondant à ses besoins » dans la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux qu'aux objectifs déjà fixés en matière de protection des animaux[710].

---

705 Dans le même sens, voy. C.A., 28 mars 2002, n° 56/2002.

706 C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, §§ B.5.6, B.6.3., B.6.4. et B.7.3. Pour une analyse de cet arrêt, voy. Ch. GUILLAIN, « La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines », *J.T.*, Larcier, 22 janvier 2005, n°6166, pp. 63-65.

707 Comme le souligne le premier avocat général près la Cour d'appel de Bruxelles, Lucien Nouwynck : « le législateur a donc doublement ébranlé les balises séculaires du témoignage en justice par une personne tenue au secret professionnel : d'une part en conférant au procureur du Roi un pouvoir d'investigation jusqu'alors réservé à un juge et, d'autre part, en remplaçant la faculté de communiquer les informations sollicitées par une obligation, le refus étant érigé en infraction », L. NOUWYNCK, « Institutions de sécurité sociale, travailleurs sociaux, secret professionnel et terrorisme : la Cour constitutionnelle remet les pendules à l'heure », *Revue de droit communal*, n° 2019/2, pp. 13 à 26. Sur ce point, voy. COMITE T, *Évaluation des mesures visant à lutter contre le terrorisme à la lumière des droits humains*, Ligue des Droits Humains, 2020.

708 Cass., 29 novembre 2011, *Pas*., 2011, n° 650.

709 Cass., 22 mai 2012, *Pas*., 2012, n° 317.

710 Cass., 13 décembre 2016, *R.C.J.B*, 2019, p. 25.

C. Le principe de légalité au plan international

Sur le plan international, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît le principe de la légalité et lui confère le caractère d'un droit absolu qui ne peut faire l'objet d'aucune dérogation[711]. Toutefois, on retiendra ici deux tempéraments qui atténuent la rigueur du terme « loi » et élargissent la base du principe de légalité :

1. Enonçant le principe de légalité des incriminations et des peines, l'article 7 de la Convention dispose que la « loi » au sens formel englobe le « droit national ou international » ainsi que les « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » :

> « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise » (7.1.).
>
> « Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (7.2).

Autrement dit, le terme « loi » recouvre des sources de droit écrit comme de droit non écrit, ce dont il découle que n'est pas considéré comme contraire au principe de légalité le fait de juger une personne pour un acte qui n'était pas incriminé par une loi écrite au moment de sa commission, « pour autant que cet acte soit contraire aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme confirmera cette approche élargie du principe de légalité, rappelant que le terme « loi » doit être pris dans son sens « matériel », plutôt que dans son sens formel :

> « La Cour rappelle avoir toujours entendu le terme 'loi' dans son acception 'matérielle' et non 'formelle' ; elle y a inclus à la fois le 'droit écrit', comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome, et le « droit non écrit »[712].

2. Par ailleurs, la Cour précise également que le terme englobe des sources d'origine tant législative que jurisprudentielle. Pour la Cour, la « loi » au sens de l'article 7, la « loi » doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le « droit élaboré » par les juges. En résumé, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété »[713]. La Cour englobe dès lors dans la « loi » certaines règles jurisprudentielles qui font autorité, pour autant que celles-ci répondent à des qualités, « entre autres, d'accessibilité et de prévisibilité »[714]. La

---

711 J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit*., p. 510, n° 635; J.-C. SOYER, « L'article 7 de la Convention existe-t-il ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, sous la direction de P. MAHONEY et al., Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 2000, pp. 1337 et s.

712 Cour. eur. D.H. (GC), 14 septembre 2010, arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, § 83 ; Cour. eur. D.H., 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, § 36.

713 Cour. eur. D.H. (GC), 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre ;* Cour. eur. D.H. (GC), 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, § 83.

714 Cour. eur. D.H., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, § 99.

Cour admet donc clairement que « la jurisprudence en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal »[715].

Comme le soulignent S. Van Drooghenbroeck et Cécilia Rizcallah, « peu importe donc la nature de la 'base légale' des restrictions ou exceptions autorisées et, par voie de conséquence, la dose plus ou moins importante de légitimité démocratique dont son auteur se trouve investi : seules comptent, selon la Cour, l'accessibilité aux justiciables de cette base légale et la prévisibilité de ses effets. La 'légalité' est ici privée de toute dimension 'politique', au profit d'une focalisation exclusive sur les garanties contre l'arbitraire »[716]. La Cour privilégie dès lors l'aspect substantiel du principe de légalité sur son aspect formel.

Cette consécration du principe de la légalité, ainsi que les tempéraments qui l'affectent, figurent également dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 15.1 et 2)[717] et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (art. 49.1 et 2). Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que ce principe de légalité figure parmi les « principes généraux du droit communautaire » qui ont été « réaffirmés », en l'occurrence à l'article 49 de la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice ». Ce principe implique, ajoute la Cour, « que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »[718].

§ 2. Une légalité élargie

Ce qui caractérise le droit pénal contemporain est l'hétérogénéité croissante ou « le jeu pluriel »[719] des sources du droit. Un principe de légalité élargie s'est imposé, au terme duquel la loi englobe des sources du droit de niveaux divers. Cette évolution, que l'on a déjà illustrée au § 1er, s'accentue en raison de la multiplication de sources de droit pénal tant au niveau international qu'à un niveau infra-étatique.

Parmi les sources formelles du droit pénal applicables en Belgique, on peut dès lors distinguer les conventions internationales, la Constitution, les lois, les décrets et ordonnances, les règlements généraux, provinciaux et communaux.

A. Les conventions internationales

À l'échelon international, il importe de tenir compte des dispositions normatives qui sont imposées, en droit interne, par les traités conclus par la Belgique[720]. En matière pénale,

---

715 Cour eur. D.H. (GC), 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*. Voy. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine*, *op. cit*., pp. 514 et s.

716 S. VAN DROOGHENBROECK et Cécilia RIZCALLAH (avec la collaboration de G. Delannay et C. Horevoets,) « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOULMI, B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ,* Bruxelles, Larcier, 2019, p. 38.

717 Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Article 15 », *Commentaire du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, sous la direction de E. DECAUX, Paris, Economica, 2010, pp. 361 et s.

718 C.J.C.E., 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad, aff. C-303/05, §§ 46 à 54.

719 Y. CARTUYVELS, « Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif : le jeu pluriel des sources en droit pénal », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 55 et s.

720 Ainsi, par exemple, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie a été prise en exécution de la Convention internationale de New York sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale. De même, la loi du 17 avril 1986 adapte le droit interne (art. 477 à 477*sexies* du Code pénal et art. 12*bis* de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du

plusieurs conventions internationales, ratifiées par la Belgique, ont un effet direct en droit interne et sont donc considérées comme faisant partie du droit interne.

Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 mai 1971, en cas de conflit entre une norme internationale ayant des effets directs dans l'ordre interne (par exemple la Convention européenne des droits de l'homme) et une norme de droit interne (par exemple une loi), le juge doit accorder la primauté à la norme internationale[721]. Toutefois, en matière de protection des droits et libertés fondamentaux, c'est l'application de la norme la plus favorable qui prévaudra : le Etats peuvent en effet prévoir des protections ou garanties plus larges que celles qu'imposent les conventions et traités internationaux qu'ils ont ratifiés[722].

1. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950)[723]

Approuvée par la loi belge du 13 mai 1955, la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, fait partie intégrante du droit interne et a force obligatoire[724]. En d'autres termes, les normes de la Convention sont devenues des normes de droit interne[725], ce qui signifie que les droits de l''homme garantis par la Convention ont, en Belgique, un caractère d'ordre public[726]. Aussi, les dispositions de la Convention peuvent-elles être invoquées comme source de droit devant le juge belge et le juge est quant à lui tenu, lorsque la loi lui permet de le faire, de soulever d'office les moyens déduits de leur violation.

L'application du droit interne est donc subordonnée à sa compatibilité avec les dispositions de la Convention des droits de l'homme et on ne peut que constater aujourd'hui combien, les droits de l'homme imprègnent la jurisprudence des cours et tribunaux[727]. En matière pénale, le rôle de la Convention est double : traditionnellement, elle joue un rôle de « bouclier » contre les excès du « glaive pénal », imposant aux Etats d'empêcher la violation de certains droits fondamentaux : interdiction de la torture (art. 3), respect du droit à la liberté et à la sûreté, (art. 5), respect du droit à un procès équitable, des droits de la défense et de la présomption d'innocence (art. 6). Mais ces dernières années, elle peut aussi exercer une fonction « épée », au sens ou peut s'imposer en son nom aux Etats l'obligation de recourir à

Code de procédure pénale) en exécution de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires faite à Vienne et à New York le 3 mars 1980 et approuvée par la loi belge du 24 juillet 1984.

721 Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 896, concl. proc. gén. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; Cass., 4 avril 1984, *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, pp. 679 et s., concl. av. gén. J. VELU. La primauté du droit international conventionnel est confirmée dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation et elle est consacrée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Sur la question du conflit entre un traité et la Constitution, *cf.* J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec des traités », *J.T.*, 1992, pp. 729 et s., pp. 749 et s. Pour la Cour de cassation, « la primauté des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre juridique belge vaut à l'égard de toutes les normes de droit interne, notamment les normes constitutionnelles » (*ibid.*, p. 733, n° 18).

722 Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, Bruxelles, La Charte, 2017. Ainsi, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'il garantit le droit à la vie, n'interdit pas la peine capitale. C'est le cas de la loi belge qui s'impose sur ce point.

723 Voy. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES et C. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2014.

724 La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est complétée par des protocoles. La Belgique a approuvé le protocole additionnel du 20 mars 1952 (en même temps que la Convention), le protocole n° 4 du 16 septembre 1963 reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole additionnel (par la loi du 24 janvier 1970), le protocole n° 6 signé à Strasbourg le 28 avril 1983 et concernant l'abolition de la peine de mort (par la loi du 4 décembre 1998), le protocole n° 9 signé à Rome le 6 novembre 1990 et visant à améliorer la procédure prévue par la Convention (par la loi du 11 mai 1995, le protocole n° 11 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention fait à Strasbourg le 11 mai 1994 (par la loi du 27 novembre 1996), ainsi que le protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention ouvert à la signature à Strasbourg le 13 mai 2004 (par la loi du 22 août 2006) .

725 J. VELU, « La protection transnationale des droits de l'homme », *Rapports belges au XIIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 340.

726 W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre public et les droits de l'homme », *J.T.*, 1968, pp. 658 et s.

727 S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014.

l'arme pénale pour protéger des droits et libertés garantis par la Convention[728]. Dans les deux cas, la Convention et la lecture qui en est faite par la Cour jouent un rôle essentiel dans l'évolution du droit (pénal) belge.

Parmi les principales dispositions de la Convention qui jouent un rôle en matière pénale, on retiendra :

- le droit à la vie (même s'il n'exclut pas le principe de la peine capitale) (art. 2) ;
- l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (art. 3) ;
- l'interdiction de l'esclavage ou des travaux forcés (art. 4) ;
- le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5) ;
- le droit à un procès équitable, les droits de la défense et la présomption d'innocence (art. 6) ;
- la légalité des peines (art. 7) ;
- le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) ;
- le principe *non bis in idem* (protocole n°7, art. 4) ;
- l'interdiction de la peine de bannissement (protocole n°4, art. 3) ;
- l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (protocole n°4, art. 4).

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 19 décembre 1966)

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est un instrument des Nations-Unies qui a vocation à s'appliquer dans l'ensemble du monde. Approuvé en Belgique par la loi du 15 mai 1981, il est d'application directe en droit interne.

Ses articles 6 à 22 concernent le droit pénal et reprennent les droits reconnus par la Convention des droits de l'homme.

3. La Convention internationale des Nations-Unies sur les droits de l'enfant (20 novembre 1989)

Cette Convention fait également partie du droit interne et a force obligatoire. Elle contient aussi divers principes à respecter par le législateur national (par exemple, le principe de légalité des incriminations (art, 40, 2, a), le droit à la vie familiale (art. 9).

4. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (7 décembre 2012)[729]

La Charte fait partie du droit interne et a donc force obligatoire. Nous intéresse ici essentiellement son titre VI, consacré à la justice, lequel prévoit :

- le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (art. 47) ;
- la présomption d'innocence et les droits de la défense (art. 48) ;
- le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 49) ;
- le principe *ne bis in idem* ou le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (art. 50).

---

[728] Cour eur. D.H., 26 juillet 2005, arrêt *Siliadin c. France :* les Etats ont l'obligation positive d'adopter une législation pénale érigeant en infraction les pratiques interdites par l'article 4 de la Convention. Sur cette question, voy. D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer par le juge européen », *Rev. sc. crim.*, juillet-septembre 2011, pp. 575 et s.

[729] Voy. F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article*, 2ème ed., Bruxelles, Larcier, 2020.

5. Les autres conventions internationales

D'autres textes internationaux, ratifiés par la Belgique, jouent un rôle important dans l'ordre interne. On retiendra ici, entre autres :

- les Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et leurs protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977 ;
- la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) ;
- la Convention contre la torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants de New-York du 10 décembre 1944 ;
- la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants signée à Vienne le 20 décembre 1998 ;
- le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007), …

B. La Constitution

La Constitution contient, outre le principe de la légalité des incriminations et des peines (art. 12 et 14), de nombreuses dispositions qui concernent le droit pénal et la procédure pénale. On citera ici le principe d'égalité (art. 10), le principe de non-discrimination (art. 11), le principe de l'inviolabilité du domicile (art. 15), la liberté d'expression (art. 15), le droit au respect de la vie familiale (art. 22), …

On soulignera que l'importance accrue du contrôle de constitutionnalité en matière pénale opéré par la Cour Constitutionnelle nous oriente certainement vers la voie d'un droit constitutionnel pénal[730]. On rappellera aussi, à cet égard, que les autorités publiques ainsi que les personnes physiques ou morales (qui ont un intérêt) peuvent introduire, en principe dans un délai de six mois après la publication de la norme, un recours en annulation et, à titre d'accessoire, une demande de suspension. En outre, les cours et tribunaux peuvent également saisir la Cour constitutionnelle par voie de question préjudicielle[731]: sur une question de droit décisive pour la solution du litige qui lui est soumis, le juge de fond interroge la Cour et il sursoit à statuer avant d'obtenir réponse[732].

C. Les lois

On envisage par loi (au sens formel ici), toutes les dispositions normatives adoptées par le législateur national (fédéral)[733].

On retiendra d'abord ici le *Code pénal*. On sait que, même s'il date de 1967 et que sa réforme est actuellement en projet, ce texte reste la référence en matière de droit pénal. On rappelera qu'il est composé d'un livre I (« des infractions et des peines en général ») qui contient les principes généraux du droit pénal) et d'un livre II (« Des infractions et de leur répression en particulier ») qui contient un catalogue d'incriminations et de peines, classées par « titres » et « chapitres » selon le type de valeurs et d'intérêts à protéger.

---

730 J. PRADEL, *Droit constitutionnel et droit pénal*, Paris, Cujas, 2000 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

731 La question préjudicielle est « l'expression d'une interrogation adressée par un juge à un autre juge » (H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 223).

732 B. PATY, « L'accès au juge constitutionnel. Modalités et procédures. Rapport de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *Administration publique*, 2001, pp. 97 et s.

733 Les arrêtés-lois sont des dispositions qui sont prises par l'une des branches du pouvoir législatif lorsque les autres branches sont dans l'impossibilité absolue de fonctionner.

Le Code pénal est complété par diverses *lois complémentaires* qui s'ajoutent au livre I[er] du Code pénal et prévoient des principes généraux en matière de droit pénal (et aussi de procédure pénale). Par exemple :

- la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes ;
- la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse ;
- la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive ;
- la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ;
- la loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation ;
- la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des détenus ;
- la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

Le Code pénal est également complété par des *lois particulières* qui prévoient des infractions et leurs peines. On pense par exemple à la loi du 24 février 1921 sur les drogues ou les lois coordonnées du 16 mars 1968 en matière de roulage. On rappellera ici le rôle clé de l'article 100 du Code pénal qui détermine dans quelle mesure les principes généraux du livre Ier (articles 1 à 99 du Code pénal) s'appliquent aux infractions et aux peines prévues par les lois particulières.

On signalera encore que les lois de pouvoirs spéciaux accordent au *Roi*, conformément à l'article 105 de la Constitution, le pouvoir de compléter ou de modifier la législation pendant une période et sur des matières déterminées. Cette délégation habilite généralement le pouvoir exécutif à procéder par « arrêtés de pouvoirs spéciaux » et à édicter des peines pour assurer l'application des mesures prévues par la loi[734].

D. Les arrêtés royaux d'exécution, de pouvoirs spéciaux ou d'habilitation

Comme on vient de le voir, le Roi dispose d'un pouvoir d'exécution des lois, sur la base des articles 105 et 108 de la Constitution.

E. Les décrets et les ordonnances

La réforme de l'Etat, entreprise depuis la révision de la Constitution du 24 décembre 1971 et réalisée en plusieurs phases, a abouti à reconnaître aux Communautés et aux Régions le pouvoir de prendre des dispositions pénales dans les domaines de leur compétence.

Ainsi, comme on a pu le voir, la loi spéciale de réformes constitutionnelles du 8 août 1980 confère au législateur décrétal, dans les limites de ses compétences, le pouvoir de régler par décret un certain nombre de matières, à la condition de pas empiéter sur les compétences réservées à la loi par la Constitution.

Par ailleurs, depuis la loi du 6 janvier 2014, les membres du gouvernement de communauté ou de région ont un droit d'injonction positive et peuvent demander au ministre de la Justice d'ordonner au ministère public d'exercer des poursuites. Les gouvernements de communauté

---

734 Ainsi, l'article 4 de la loi du 31 mars 1867 dispose que « le Roi peut assurer, s'il y a lieu, l'application des dispositions prises en vertu de la présente loi par des sanctions de nature administrative, civile, fiscale et *pénale*, ces dernières ne pouvant excéder une peine d'emprisonnement de six mois et une amende de cinquante mille francs ». Des habilitations générales (sans, par exemple, que le législateur ne fixe le minimum ou le maximum des peines) traduisent, à notre sens, une interprétation abusive de l'article 14 de la Constitution. Plus radicalement, la pratique même de ces habilitations qui multiplie les interventions du pouvoir exécutif dans des matières réservées au pouvoir législatif affaiblit singulièrement le principe de la légalité et, partant, l'état de nos libertés (C.A., 18 février 1998, *Tijdschrift voor Wetgeving*, 1998/1, p. 10, note P. POPELIER, "Bijzondere machten en het Arbitragehof. Over het legaliteitsbeginsel en de werking van normen in de tijd").

et de région participent également à l'élaboration des directives contraignantes de politique criminelle et, à cette fin, participent aux réunions du Collège des procureurs généraux, en ce compris pour l'établissement des priorités des directives de politique criminelle en général.

F. Les règlements généraux, provinciaux et communaux

Il existe, enfin, des règles de droit pénal créées par certaines autorités administratives (au niveau des provinces, des communes et des agglomérations), dans le cadre des compétences qui leur sont expressément reconnues par la Constitution ou par les lois. Dans ces trois cas de figure, les peines applicables aux infractions édictées par ces règlements doivent avoir été fixées préalablement par la loi.

Ainsi, l'article 119*bis* de la nouvelle loi communale, modifié par la loi du 17 juin 2004, autorise les conseils communaux à prendre des règlements d'administration intérieure et des ordonnances de police dont la violation est sanctionnée pénalement. Toutefois, cet article prévoit que les peines contre les infractions aux règlements et ordonnances adoptés par le conseil communal « ne peuvent excéder les peines de police ».

Section 5. Le champ d'application du droit pénal

Nous examinerons successivement le champ d'application du droit pénal par rapport au temps et par rapport à l'espace.

§ 1. L'application de la loi pénale dans le temps

Si l'on pense la question de la loi pénale par rapport au temps, deux questions principales se posent. D'une part, celle de la durée de son application ; d'autre part, celle du moment de son application ou, en d'autres termes, la question du conflit des lois pénales dans le temps.

A. La durée de la loi

Les lois pénales entrent en vigueur, sont abrogées ou annulées conformément aux règles du droit public sur la durée d'application des lois en général. La mise en application de la loi suppose, obligatoirement, que la loi soit régulièrement publiée[735] et, de manière facultative, qu'un certain délai se soit écoulé à compter du jour de la publication[736]. Ce délai vise à favoriser la connaissance de la loi. Ces deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes : dès qu'elles sont remplies, les faits commis tombent sous son application.

L'*abrogation* peut prendre deux formes : expresse ou tacite

L'abrogation *expresse* peut être inscrite dans la loi nouvelle qui remplace la loi abrogée comme elle peut aussi être le fait de l'arrivée du terme fixé à la force obligatoire de la loi. Tel est le cas, notamment, de la loi temporaire, comme par exemple la loi du 17 décembre 1996

---

[735] Art. 190 Const. : « Aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi ».

[736] Les lois, décrets et arrêtés royaux entrent en vigueur le dixième jour qui suit celui de leur publication au *Moniteur belge*, sauf indication contraire.

portant exécution temporaire et partielle de l'article 103 de la Constitution dont l'article 5 dispose expressément qu'elle « restera en vigueur jusqu'au 1er janvier 1998 »[737].

L'abrogation *tacite* résulte soit de l'incompatibilité de la loi nouvelle avec la loi ancienne, soit de la disparition des circonstances particulières qui avaient justifié la loi.

La question de l'abrogation par désuétude fait l'objet de discussion. Si, théoriquement, la loi pénale ne s'abroge pas par le non-usage[738], en revanche, le commissaire R. LEGROS soutient que « celui qui l'enfreint sera justifié »[739]. Des décisions admettent que la non-application de la loi résultant d'une pratique généralisée de ne pas poursuivre, peut constituer dans le chef du prévenu une erreur invincible de droit[740]. Deux réalités se trouvent en jeu dans cette question: d'une part, le très grand nombre de lois pénales non appliquées et, d'autre part, « les forces sociales vives » qui sont à l'œuvre dans le droit « en dehors de formes juridiques officielles et qui portent à sa transformation »[741]. Sur un plan plus critique et criminologique, l'observation de l'inflation et de l'accélération de la production normative dans le domaine pénal, particulièrement perceptible ces dernières années, entraîne, paradoxalement, ce que Y. CARTUYVELS et F. OST appellent une « temporalité provisoire » de la loi pénale, qui ne semble plus faite pour durer[742].

Dans l'état actuel de nos institutions, les lois, les décrets et les ordonnances peuvent être annulés, partiellement ou totalement, par la Cour constitutionnelle pour violation, d'une part, des règles établies par la Constitution pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions et, d'autre part, des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution. Contrairement à l'abrogation qui agit seulement pour l'avenir, l'annulation, qui vaut *erga omnes*, rétroagit au jour de l'entrée en vigueur du texte, sous réserve des « mesures transitoires » qui permettent à la Cour constitutionnelle de maintenir les effets d'une norme annulée, soit provisoirement, soit définitivement[743]. En cas d'annulation, les décisions rendues par les juridictions répressives et passées en force de chose jugée peuvent être rétractées, en tout ou en partie, par la juridiction qui les a prononcées[744]. A la demande de la partie requérante, la Cour peut en outre suspendre en tout ou en partie la loi, le décret ou la règle qui fait l'objet d'un recours en annulation[745].

B. Le conflit des lois pénales dans le temps

---

737 *M.B.*, 18 décembre 1996, p. 31432. Elle a été abrogée par la loi du 12 juin 1998. Modification de la Constitution (*M.B.*, 16 juin 1998).

738 Bruxelles, 2 mai 2002, *J.L.M.B.*, p. 71. Selon certains auteurs, les lois de procédure pénale pourraient, quant à elles, être abrogées par désuétude, H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8e éd., Bruges, La Charte, 2017, p. 84.

739 R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Paris-Liège, Sirey-Desoer, 1952, p. 293, n° 363 ; Cass., 5 février 1951, *Pas.*, I, p. 366.

740 Voy. *infra*, Chapitre III. L'infraction. Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction. §3. L'élément moral. L'*Avant-projet de Code pénal* de R. LEGROS (1985) confirme cette jurisprudence (art. 67) tandis la *Commission de réforme du droit pénal* (2016) propose d'ériger l'erreur invincible en cause d'exemption de culpabilité. Son article 22 dispose que « n'est pas pénalement responsable celui qui a agi sur la base d'une erreur invincible » (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 4).

741 J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 103.

742 Y. CARTUYVELS et Fr. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, p. 95.

743 Article 8, al. 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle : « Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ».

744 Article 10 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

745 Articles 19 à 25 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

Il est normal que les lois pénales se modifient. Mais, dans ce cas, surgit un conflit de lois dans le temps : quel est le domaine d'application de la loi nouvelle et quel est celui de la loi ancienne?

L'article 2 du Code pénal énonce une double règle : la non-rétroactivité des lois pénales (al. 1er) et la rétroactivité des lois pénales plus douces (al. 2). L'une et l'autre découlent du même principe: « Pour être légitime, la peine sociale doit être nécessaire »[746].

1. La non-rétroactivité des lois pénales

a) Le principe

L'article 2, alinéa 1er du Code pénal dispose que :

> « Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise »[747].

En droit pénal, la règle de la non-rétroactivité est une conséquence du principe de la légalité qui garantit la prévisibilité et la sécurité juridique pour le citoyen, est le gage de la séparation des pouvoirs et conjure le risque d'arbitraire de la part des juges, comme le rappelle la Cour constitutionnelle, en mobilisant les articles les articles 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 12 et 14 de la Constitution :

> « Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines »[748].

Il en résulte, d'une part, que nul ne peut être poursuivi ni condamné pour des faits qui n'étaient pas érigés en infraction par la loi au moment où ils ont été commis et, d'autre part, que la peine applicable est la peine prévue par la loi au moment des faits.

Si la non-rétroactivité des lois pénales n'est pas expressément reconnue par la Constitution, le principe est consacré par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 7.1)[749] ainsi que par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 15)[750] dont les dispositions sont directement applicables en droit interne et ont la primauté sur ce dernier[751]. Enfin, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 consacre également ce principe.

Il est admis que l'article 2, alinéa 1er du Code pénal s'applique aussi bien aux incriminations qu'aux peines.

---

746 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1er, *op. cit*., pp. 122-123, n° 181.

747 Voy. aussi l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

748 C.C., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, B. 34.3.

749 Cour eur. D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 137 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *op. cit.*, p. 459. Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 février 2004, arrêt *Puhk c. Estonie* ; Cour eur. D.H. (GC), 21 octobre 2013, arrêt *Del Río Prada c. Espagne*.

750 Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, "Article 15", *op. cit.*

751 *Cf. supra*. Si une loi nationale dérogeait à la règle de la non-rétroactivité, un recours pourrait être introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. Corr. Anvers, 17 octobre 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 628, note.

Concernant les *incriminations*, il a été jugé que l'article 65 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 11 juillet 1994, organise un système répressif plus sévère que celui appliqué sous l'empire de l'article 65 ancien et qu'il n'est dès lors pas applicable aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi[752]. Il a également été jugé que seuls des faits commis après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales peuvent engager la responsabilité pénale de la personne morale[753]. De même, la Cour d'appel de Liège a considéré que la nouvelle version de l'article 71 du Code pénal, instaurée par la loi du 5 mai 2014 et entrée en vigueur le 1er octobre 2016, est plus sévère que l'ancienne (dans la mesure où elle restreint le champ d'application de la cause de non-imputabilité) et qu'elle tombe dès lors (au même titre qu'une peine) sous le coup de l'article 2 du Code pénal de sorte qu'elle ne peut rétroagir et s'appliquer à des faits commis en date du 26 mai 2015[754].

Par ailleurs, « à peine de violer l'article 2 du Code pénal, lorsque le fait imputé au prévenu est qualifié suivant la définition de la loi nouvelle alors qu'il a été commis sous le régime de la loi ancienne, le juge ne peut déclarer cette infraction établie que s'il constate que le fait était aussi punissable au moment où il a été commis. Cette constatation requiert qu'il indique les dispositions de l'ancienne loi définissant les éléments constitutifs de l'infraction et comminant la peine »[755].

Concernant les *peines*, il a été jugé que la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro entraîne une légère augmentation des amendes et, partant, qu'elle ne peut être appliquée à des faits qui ont été commis avant le 1er janvier 2002[756]. Le principe de non-rétroactivité concerne tant les peines principales que les peines accessoires. Il a ainsi été décidé que la peine accessoire d'interdiction d'exercer certaines fonctions, professions ou activités ne peut être prononcée pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi[757]. Il en va de même pour la peine accessoire d'interdiction du droit d'habiter, de résider ou de se tenir dans une zone déterminée, en cas de condamnation pour des faits visés aux articles 372 à 377 du Code pénal (délinquance sexuelle)[758].

A contrario, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale ne s'applique qu'aux seules incriminations et aux seules peines, comme l'a rappelé la Cour européenne :

> « Les règles sur la rétroactivité contenues dans l'article 7 de la Convention ne s'appliquent qu'aux dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment »[759].

---

752 Cass., 16 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 204 ; Mons, 2 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 689.

753 Corr. Bruxelles, 8 juin 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 1096 ; Cass., 16 février 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 831. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il semble également que ce principe doive s'appliquer aux sanctions administratives, en raison de leur caractère « répressif », et cela « indépendamment de la qualification de pénales ou de non-pénales que la loi pourrait (leur) donner » (C.A., 30 juin 1999, n° 76/99). En matière de droit pénal social, il a été jugé que, par analogie avec l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, il convenait, pour déterminer la loi la plus favorable à celui qui a commis l'infraction, de prendre en considération le montant maximum de l'amende administrative applicable selon la loi ancienne et la loi nouvelle, majoré des décimes additionnels (Trib. trav. Bruxelles, n° 11/7966/A, 14 février 2013).

754 Liège (6ème ch.), 17 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, n° 28, pp. 1318-1321.

755 Cass., 23 octobre 2019.

756 Cass., 16 octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 544.

757 Cass., 2 juin 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1380 ; Cass., 2 octobre 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 409.

758 Cass., 14 juin 2017.

759 Cour. eur. D.H., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, § 110.

Considérant que l'obligation, en cas de condamnation, de verser une contribution au Fonds spécial pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence (art. 29 de la loi du 1er août 1985 portant des mesures fiscales et autres) ne constitue pas une peine, la Cour de cassation décide qu'elle s'applique à toute condamnation, même pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi[760]. De même, la Cour de cassation a jugé que la condamnation au paiement d'une indemnité de 28,84 euros, prévue par l'article 77, alinéa 2, de l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant règlement général des frais de justice en matière répressive « revêt un caractère propre et ne constitue pas une peine. Elle doit être prononcée quelle que soit la date des faits déclarés établis »[761].

b) Les exceptions à la règle

Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, des exceptions à la règle de la non-rétroactivité sont prévues, qui posent question au regard du principe de légalité et de prévisilité qui en découle.

1. Ainsi, l'article 2, al. 1er du Code pénal ne s'appliquerait pas aux *lois interprétatives* (art. 84 et 133 de la Constitution) au motif que leur « objet n'est pas de substituer à la loi interprétée une loi nouvelle mais simplement de fixer le sens de la loi interprétée qu'elle laisse subsister »[762]. Soutenir que la loi interprétative est seulement censée « dire » le texte original est une fiction qui méconnaît le caractère créateur de l'interprétation[763]. Aussi, l'article 21, alinéa 1er de l'Avant-projet de Code pénal du Commissaire R. Legros (1985) proposait-il d'étendre la règle de la non-rétroactivité aux lois interprétatives, à moins que l'interprétation ne soit plus favorable.

2. Se limitant aux incriminations et aux peines, le principe de non-rétroactivité ne s'étend pas aux *règles de procédure pénale*, lesquelles restent soumises aux dispositions du Code judiciaire (art. 3[764]). Les lois de compétence et d'organisation des cours et tribunaux, de prescription de l'action publique, d'administration de la preuve ou, encore, les lois sur la transaction, la détention préventive ou l'extradition sont dites d'*application immédiate*, peu importe la date de la commission des faits infractionnels car elles ont pour objet d'assurer l'administration de la justice pénale et sont présumées être établies « tant dans l'intérêt de l'individu que de la société »[765]. Cette application immédiate est jugée raisonnable par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que les règles contenues à l'article 7 de la Convention ne s'appliquent qu'aux dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment, et non aux lois de procédure[766]. On peut toutefois se demander s'il ne s'agit pas d'une fiction dont l'effet, paradoxalement, pourrait être d'aggraver le sort du prévenu[767].

---

760 Cass., 9 et 23 février 1988, *Pas.*, I, pp. 665 et 753 ; Cass., 9 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 919.

761 Cass., 4 mars 2008, *Pas*. 2008, p. 608.

762 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1, *op. cit.*, pp. 127-128, n° 187; Cass., 16 novembre 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 273, note J.Y. MINE ; Cass., 4 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1047.

762 Dans le même sens : G. LEVASSEUR, « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps », *En hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, pp. 189 et s.

763 Dans le même sens : G. LEVASSEUR, « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps », *En hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, pp. 189 et s.

764 Article 3 C. Jud. : « Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours ».

765 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 102, n° 302 ; Cass., 16 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, 181 ; Bruxelles, 1er mars 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 756.

766 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009, § 110.

767 Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique », *op. cit.*, pp. 216-217. Dans le même sens, G. LEVASSEUR, « Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité », *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, pp. 17 et s. ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8e éd., Bruges, La Charte, 2017, p. 79.

Ainsi, depuis 1980, la Cour de cassation décide que les lois qui *allongent le délai de prescription* de l'action publique et de la peine ont un effet immédiat et s'appliquent dès lors à toutes les actions nées avant leur entrée en vigueur et non encore jugées ni prescrites à cette date[768]. Il a été notamment jugé que « la loi du 24 décembre 1993 qui porte de trois à cinq ans le délai de prescription de l'action publique en matière délictuelle s'applique immédiatement aux infractions commises avant son entrée en vigueur et non encore prescrites à cette date »[769]. La Cour européenne des droits de l'homme a validé ce principe, tout en soulignant ses effets délétères sur les justiciables :

> « La prolongation du délai de prescription introduit par la loi du 24 décembre 1993 et son application immédiate par la Cour de cassation ont, certes, eu pour effet d'étendre le délai durant lequel les faits pouvaient être poursuivis et ont été défavorables pour les requérants, en déjouant notamment leurs attentes. Pareille situation n'entraîne cependant pas une atteinte aux droits garantis par l'article 7, car on ne peut interpréter cette disposition comme empêchant, par l'effet de l'application immédiate d'une loi de procédure, un allongement des délais de prescription lorsque les faits reprochés n'ont jamais été prescrits »[770].

La Cour européenne a, à plusieurs reprises, réitéré ses propos, assimilant les règles en matière de prescription à des lois de procédure, dans la mesure où elles ne définissent ni les infractions ni les peines et peuvent être interprétées comme posant une simple condition préalable pour l'examen d'une affaire[771]. La Cour européenne reconnaît elle-même que la rétroactivité des lois en matière de prescription de l'action publique peut entraîner des effets défavorables pour les auteurs d'infraction. Ainsi, des personnes bénéficiant de la prescription en vertu de la loi applicable au moment des faits et en voie de réinsertion pourraient, en vertu de l'application immédiate d'une loi nouvelle allongeant le délai de prescription, faire l'objet de poursuites.

Les *dispositions modifiant la compétence matérielle des tribunaux*, relevant de la procédure pénale, sont également d'application immédiate[772]. La Cour constitutionnelle a précisé que l'exigence de prévisibilité de la procédure pénale contenue à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution ne s'oppose en principe pas à l'application immédiate des lois de compétence et de procédure en matière pénale, sur la base de l'article 3 du Code judiciaire. Elle a dès lors considéré que la modification du régime du dessaisissement devant le tribunal de la jeunesse, relevant de la procédure pénale, peut s'appliquer à des faits commis par des mineurs préalablement à son entrée en vigueur :

> « La décision de dessaisissement n'est pas en soi une incrimination ou une peine : elle détermine le droit qui est applicable à un mineur ayant commis le fait qualifié d'infraction, à savoir le droit pénal plutôt que le droit en matière de délinquance juvénile. Étant donné que la décision de dessaisissement a pour effet que les poursuites sont menées selon le droit pénal commun et la procédure pénale de droit commun, la mesure a un rapport avec la procédure pénale »[773].

---

768 Cass., 7 mars 1980, *Rev. dr. pén. crim.*, 1980, p. 975, note Ph. QUARRE ; Cass., 3 juin 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 981, note J.S.; Corr. Bruxelles, 29 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 225, note L. BIHAIN; Cass., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307, obs. P. MONVILLE; Cass., 18 février 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 940.

769. Mons, 23 juin 1995, *Rev. dr. pén. crim*., 1995, p. 1090 ; Cass., 20 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 156.

770 Cour eur. D.H., *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, §149.

771 Cour eur. D.H., *Previti c. Italie*, 12 février 2013, § 80 ; Cour eur. D.H., *Borcea c. Roumanie*, 22 septembre 2015, § 64.

772 Fr. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge*, La loi pénale, t. 1, *op. cit*., pp. 356 et 357.

773 C.C., arrêt n° 112/2020, 27 juillet 2020, B.11.

En revanche, la Cour de cassation a admis que, « bien que relevant du droit pénal formel, une disposition légale modifiant une *règle d'administration de la preuve* en matière répressive et portant atteinte aux droits de la défense ne s'applique qu'aux faits commis après l'entrée en vigueur de cette disposition »[774]. La Cour a donc ici refusé l'application immédiate de la nouvelle disposition légale à des faits antérieurs à son édiction.

On considère également que les lois de compétence extraterritoriale, même si elles ne créent pas de nouvelles incriminations, relèvent du droit pénal matériel. Ainsi, la Cour d'arbitrage a pu décider que l'article 379 de la loi-programme du 22 décembre 2003 qui avait abrogé l'article 3 de la loi du 23 mars 2003, a étendu la *compétence extraterritoriale* des juridictions belges et donné ainsi une base légale à une poursuite exercée en Belgique, « alors qu'il n'existait auparavant aucune base légale de poursuite ni donc, *a fortiori*, de sanction en Belgique pour de tels faits ». En conséquence, la Cour a considéré la loi du 13 mars 2003 comme une disposition de droit pénal matériel qui ne peut rétroagir et a annulé la disposition attaquée[775].

3. La règle de la non-rétroactivité du droit pénal ne concerne pas non plus les *mesures de protection ou de sûreté*[776] telles que des mesures de garde, de préservation et d'éducation des mineurs[777]. Dans l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2020 concernant la matière du dessaisissement devant le tribunal de la jeunesse, le Conseil des ministres a fait savoir que « le droit en matière de délinquance juvénile ne relève pas du droit pénal, mais trouve son origine dans la compétence communautaire en matière de protection de la jeunesse (article 5, § 1er, II, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles). Le droit en matière de délinquance juvénile vise à aider les délinquants mineurs plutôt qu'à les sanctionner »[778].

Elle ne concerne pas non plus l'obligation de se soumettre à un ou plusieurs examens avant d'obtenir la réintégration dans le droit de conduire. Dans un cas d'espèce, le demandeur en cassation faisait valoir qu'en condamnant l'auteur d'un excès de vitesse commis le 16 novembre 2013 à une peine de travail et à une déchéance du permis de conduire tout en lui *imposant*, pour la réintégration dans ce droit, la réussite de divers examens (théorique, pratique, médical, psychologique) sur la base de l'article 38, § 6 de la loi relative à la police de la circulation routière (entré en vigueur le 1er janvier 2015), la cour d'appel avait, dans on arrêt du 8 octobre 2015, fait application d'une loi plus sévère que la législation applicable au moment des faits qui prévoyait la *faculté* et non, comme la nouvelle loi, *l'obligation* de soumettre la réintégration dans le droit de conduire auxdits examens. Considérant que l'obligation de se soumettre à un ou plusieurs examens avant d'obtenir la réintégration dans le droit de conduire constitue une mesure de sûreté, la Cour de cassation a rappelé que l'article 2 du Code pénal concerne uniquement les peines proprement dites et non pas les mesures de sûreté qui visent la protection de l'intérêt général et sont d'application immédiate[779].

---

774 Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, I, p. 547.

775 C.A., 20 avril 2005, n° 73/2005, *J.T.*, 2005, p. 337, note. Voy., aussi, Cass., 29 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 59 et obs. J.C. SCHOLSEM (« L 'article 29, § 3, alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 constitue une règle de droit pénal matériel parce qu'il a notamment pour objet d'empêcher, aux conditions qu'il précise, que certaines violations graves du droit international humanitaire cessent d'être punissables en Belgique »).

776 Cass., 1er février 2005.

777 Cass., 17 février 1969, *Pas.*, I, p. 546.

778 C.C., n° 112/2020, 27 juillet 2020, A.1.

779 Cass., 27 avril 2016, *Pas*., 2016, n° 286.

4. La règle ne viserait pas non plus les *mesures d'internement* des personnes atteintes d'un trouble mental[780] : « l'article 7, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 2 du Code pénal concernent en tant que tels les peines et non les mesures de sûreté comme l'internement »[781], car ces mesures, dépourvues théoriquement de tout caractère punitif, apparaissent nécessairement plus douces que les peines. Deux remarques à cet égard :

1° L'intérêt du mineur ou le traitement du malade mental le priverait ainsi, paradoxalement, de certaines garanties ;

2° À partir du moment où, dans la pratique, la différence radicale entre une mesure d'internement et une peine tend à s'estomper, il devient difficile de justifier un régime différent pour les mesures en cette matière.

L'article 21, alinéa 2 de l'Avant-projet de Code pénal de R. Legros (1985) renonçait d'ailleurs à l'exception et reconnaissait la non-rétroactivité des lois qui instituent des mesures.

5. Le principe de non rétroactivité ne viserait pas non plus les *mesures disciplinaires*[782]; les *incapacités* qui s'attachent par la loi à certaines condamnations; les lois relatives au *sursis*, ainsi qu'à la *libération conditionnelle*[783]. Ainsi, la Cour de casstion considère que « bien que la mise à l'épreuve d'une personne condamnée, réalisée par le sursis à l'exécution des peines (...) constitue une modalité d'exécution de la peine qui fait partie intégrante de la peine, la révocation du sursis (...) ordonnée à la suite d'une condamnation prononcée du chef de faits nouveaux commis pendant le délai d'épreuve n'implique pas la redéfinition ou la modification de la peine infligée par le premier juge »[784] ou, encore, que « la juridiction d'appel qui réduit une peine imposée par le premier juge mais retire le sursis accordé en tout ou en partie pour cette peine n'alourdit pas la peine et ne doit par conséquent pas prendre cette décision à l'unanimité »[785].

Le principe ne s'applique pas encore aux mesures qui relèvent de l'*exécution des peines* au motif, une fois encore, que ces lois ne contiennent ni incrimination ni peine. La Cour de cassation a ainsi décidé que l'article 7.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'applique qu'aux poursuites pénales qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive et non pas « à l'exécution d'une condamnation prononcée sous l'empire d'une loi antérieure ».

Rien n'empêche dès lors le tribunal de l'application des peines de se prononcer sur l'exécution d'une mise à la disposition du gouvernement, même si celle-ci n'est plus possible sur la base des règles actuellement en vigueur concernant la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (art. 34*ter* et 34*quater* du Code pénal)[786].

Un autre exemple, tiré de l'exécution des peines, concerne la période de sûreté instaurée par la loi du 21 décembre 2017 et autorisant les cours et tribunaux à assortir la condamnation à une peine privative de liberté pour des infractions d'une certaine gravité, d'une période de sûreté, avant l'échéance de laquelle aucune libération anticipée ne peut intervenir. Dès lors

---

780 Cass., 21 juin 1965, *Pas.*, I, p. 1149, *Rev. dr. pén. crim.*, 1965-1966, p. 351, obs. P.E. TROUSSE.

781 Cass., 21 février 2017, Pas., 2017, n° 124.

782 Cass., 29 janvier 1951, *J.T.*, 1951, p. 296.

783 Cass., 15 janvier 2002, *Pas*., 2002, n° 28 ; Cass., 22 mai 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 969, note.

784 Cass., 27 février 2018, P.17.0509.N (disponible sur Juportal.be).

785 Cass., 1er décembre 2020, P.19.0808.N, *T. Strafr*., 2021, n° 1, p. 37.

786 Cass., 3 janvier 2017, *Pas*., 2017, n° 10.

que la période de sûreté est ordonnée par une juridiction de fond et qu'elle a une incidence sur la durée de la peine à exécuter par le condamné, elle relève assurément de la matière pénale[787]. Dans l'affaire Abdeslam, le tribunal correctionnel de Bruxelles n'a pas fait droit à la demande du parquet sollicitant l'application d'une mesure de sûreté estimant que celle-ci constitue un élément de gravité de la peine, les articles 2 du Code pénal et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme s'opposant à ce qu'elle puisse rétroagir à la date des faits, commis le 15 mars 2016[788]. Le tribunal correctionnel de Liège a statué dans le même sens[789], tandis que la Cour d'appel de Liège a considéré que la période de sûreté ne fait pas partie intégrante de la peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme de sorte qu'elle est d'application immédiate[790].

La Cour constitutionnelle a, quant à elle, considéré que le principe de non-rétroactivité doit s'appliquer à la période de sûreté, même s'il ne s'agit pas d'une peine :

> « La période de sûreté n'est pas une nouvelle peine. Néanmoins,(…), la période de sûreté, fixée par le juge qui prononce la peine, fait partie intégrante de celle- ci. Même si elle a une incidence directe sur l'exécution de la peine, elle ne constitue pas une mesure relevant de son application. Il ressort de la jurisprudence citée en B.21 que le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale est applicable aux dispositions de cette nature qui aggravent la situation du condamné en alourdissant la peine infligée »[791].

Face à des jurisprudences fluctuantes, Ch. Guillain et M. Alié plaident pour une intervention législative afin que toute la « matière pénale » ne puisse faire l'objet d'une application rétroactive dès lors que celle-ci a une incidence sur le sort du prévenu[792].

2. La rétroactivité des lois pénales plus douces

L'article 2, al. 2 du Code pénal dispose que :

> « Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée ».

La rétroactivité des lois pénales plus douces est expressément reconnue par l'article 2, alinéa 2 du Code pénal. Si elle ne figure pas dans la Constitution, elle est consacrée à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[793] ainsi qu'à l'article 49.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Conformément à la jurisprudence de la Cour

---

787 Selon Fr. KUTY, il s'agit « d'une mesure affectant l'exécution de la peine qui en constitue un élément qui en fait partie intégrante et forme avec celle-ci un tout indivisible qui les rend solidaires en raison du lien existant entre la durée de la peine qu'elle assortit et la mesure dans laquelle elle en affecte l'exécution », Fr. KUTY, « La loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sûreté. La peine irrémédiable la loi de la désillusion ? », *Rev. dr. pén. crim*., 2018, n° 5, p. 582.

788 Corr. Bxl, 23 avril 2018, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, n° 2, pp. 187-207 et note D. DE BECO, A. DE BROUWER et Ch. GUILLAIN, « Commentaire du jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 23 avril 2018 dans l'affaire "Abdeslam" : quand l'exception devient la règle ».

789 Corr. Liège, div. Liège, 16 février 2018, *J.L.M.B*., 2019, p. 640.

790 Liège (18e ch.), 26 février 2019, *J.L.M.B.,* 2019, vol. 14, p. 637 et note Fr. KUTY, « La (non-) rétroactivité de la période de sûreté d'une peine privative de liberté ».

791 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.23.1.

792 Ch. GUILLAIN, M. ALIE, « La légalité en procédure pénale : mutations contemporaines d'une exigence constitutionnelle », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?,* Larcier, 2019, p. 123.

793 On ne peut, dès lors, plus soutenir, en raison du fait que la rétroactivité des lois favorables n'est pas inscrite dans la Constitution, que le législateur peut y déroger, notamment dans des lois particulières en vertu de l'article 100 du Code pénal (voir *supra*, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 2. Le droit interne, A. Le droit pénal matériel, 3. L'article 100 du Code pénal) puisque le Pacte fait partie du droit interne (voir *supra*, Section 4. Les sources du droit pénal, § 2. Une légalité élargie, A. Les conventions internationales).

constitutionnelle[794], la Cour de cassation a affirmé que l'application rétroactive de la loi pénale plus douce constituait un « principe général du droit répressif » qui s'appliquait à une sanction administrative, bien que celle-ci ne soit pas une peine, au sens de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal[795].

Malgré le fait que le principe ne soit pas inscrit dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a d'abord admis, notamment dans l'arrêt *G. c. France* du 27 septembre 1995[796] que l'article 7 n'y faisait pas obstacle, dans la mesure où la rétroactivité joue en faveur de l'accusé. Par la suite, dans son arrêt *Scoppola c. Italie* du 17 septembre 2009, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence antérieure :

> « Un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal », même si « l'article 7 de la Convention ne mentionne pas expressément l'obligation, pour les Etats contractants, de faire bénéficier le prévenu d'un changement de législation intervenu après la commission de l'infraction ». Par voie de conséquence, elle décida que « l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu »[797].

Une loi rétroactive sera dite d'*application immédiate*. En cas de rétroactivité, la loi nouvelle est censée avoir déjà existé au moment des faits: « il y a là une sorte de préexistence fictive de la loi nouvelle »[798]. Une condition limite cependant l'application rétroactive d'une loi pénale plus douce : la loi nouvelle, qui enlève à un acte son caractère délictueux ou qui réduit les peines, s'appliquera aux faits commis avant son entrée en vigueur, *pour autant que ces faits n'aient pas encore fait l'objet d'une décision rendue en dernier ressort*[799]. La Cour constitutionnelle a ainsi considéré dans un arrêt du 21 novembre 2013, à propos de la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, que « l'introduction d'une loi pénale plus clémente ... ne rétroagit que dans la mesure où une décision pénale définitive n'a pas encore été prononcée. Si la décision pénale est devenue irrévocable, la peine infligée peut être exécutée, même si la loi pénale est devenue plus clémente dans l'intervalle »[800].

---

794 C.A., n° 76/99, 30 juin 1999. *M.B.*, 24 novembre 1999, p. 43214.

795 Cass., 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2002, p. 465 ; Cass., 14 mars 2005.

796 Cour eur. D.H., 27 septembre 1995, *G. c. France*.

797 Cour eur. D.H. (GC), 17 septembre 2009, *Scoppola (n° 2) c. Italie*. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne. En marge de l'arrêt *Scoppola c. Italie (n° 2)* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 853 et s.

798 G. LEVASSEUR, « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps » *op. cit.*, p. 191, n° 4 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, pp. 90 à 93.

799 Lorsque, durant l'instance en cassation, la loi pénale en raison de laquelle le prévenu a été condamné est abrogée, le seul fait de cette abrogation ne peut avoir pour conséquence la cassation de la décision attaquée (Cass., 25 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 370). Si la loi est abrogée ou si une loi nouvelle favorable intervient après le jugement ou l'arrêt définitif, le condamné peut être libéré par l'administration pénitentiaire ou faire l'objet d'un recours en grâce.

800 C.C., 21 novembre 2013, n° 160/2013.

La Cour a réitéré ses propos à l'encontre de la loi du 15 mai 2006 qui rétablit l'article 12 du Code pénal interdisant de prononcer la réclusion ou la détention à perpétuité à l'égard d'une personne qui n'est pas âgée de dix-huit ans au moment des faits. En l'espèce, une personne avait été condamnée par un arrêt de la Cour d'assises du 20 octobre 1995 aux travaux forcés à perpétuité pour un double meurtre commis à l'âge de dix-sept ans. La Cour constitutionnelle rappelle que « selon un principe fondamental de notre ordre juridique, les décisions juridictionnelles ne peuvent être modifiées que par la mise en œuvre de voies de recours. L'introduction d'une loi pénale plus clémente, plusieurs années après le prononcé de la peine, ne change rien à ce principe. Une telle loi ne rétroagit que dans la mesure où une décision pénale définitive n'a pas encore été prononcée. Si la décision pénale est devenue irrévocable, comme c'est le cas en l'espèce, la peine infligée peut être exécutée, même si la loi pénale est devenue plus clémente après la décision définitive prononçant la peine. Ceci ne porte pas atteinte à la liberté individuelle garantie par l'article 12 de la Constitution »[801]. On notera toutefois que dans un tel cas, l'adoucissement de l'exécution de la peine peut être décidée par le Tribunal de l'application des peines.

Si l'énoncé de la règle est relativement simple, les conditions de son application sont complexes dans la mesure où il importe de déterminer la douceur ou la sévérité relative des lois pénales. Il s'agit d'une appréciation qualitative dont le contenu est fonction de l'évolution du droit pénal lui-même.

En ce qui concerne l'*incrimination*, lorsqu'une loi nouvelle supprime une infraction[802] ou lorsqu'elle ajoute une condition à l'infraction, comme par exemple, un dol spécial, elle est considérée comme plus douce. Ainsi, il a été jugé que la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie enfantine est plus favorable que l'article 380*bis*, § 1er, 3° du Code pénal qu'elle remplace, « en ce qu'elle n'incrimine désormais la location, aux fins de prostitution, des chambres ou de tout autre local *que si elle a lieu dans le but de réaliser un profit anormal*, et, partant, s'applique aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et qui sont jugés après celle-ci »[803].

Il en va de même lorsque la loi introduit une cause de justification ou une cause d'excuse[804] ou limite le champ d'application d'une circonstance aggravante. Ainsi, la loi du 19 janvier 1990 abaissant l'âge de la majorité civile à dix-huit ans a implicitement restreint le champ d'application des circonstances aggravantes visées à l'article 2*bis* de la loi du 9 juillet 1975 sur les drogues, concernant les infractions commises *à l'égard d'un mineur*. La peine établie au moment du jugement différant de la peine établie au moment de l'infraction, il convient d'appliquer la peine la moins forte[805]. Dans le même sens, lorsque la disposition nouvelle prévoit des conditions d'incrimination plus sévères que la disposition ancienne, mais punit les faits d'une peine moins sévère, il convient d'appliquer la peine prévue par la disposition

---

801 C.C., 6 juillet 12017, n° 91/2017.

802 Ainsi, la loi du 17 mai 2004 modifiant la loi du 28 décembre 1983 sur le débit de boissons spiritueuses et sur la taxe de patente a-t-elle abrogé l'incrimination de non-paiement de la taxe de patente, avec comme conséquence que, si ce fait ne constituait plus une infraction au jour du jugement, le juge ne pouvait infliger l'amende comminée par la disposition abrogée sans violer l'article 2, alinéa 2 du Code pénal (Cass., 20 septembre 2006). À cet égard, *cf.* F.r KUTY, « Le droit transitoire en matière pénale : la distinction entre les dispositions d'incrimination et de pénalité », obs. sous Mons, 5 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1689.

803 Corr. Bruxelles, 30 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 879 et *Journ. proc.*, 1995, p. 26.

804 Ainsi, par exemple, la loi du 2 juillet 1975 qui, dans l'article 347*bis* nouveau du Code pénal concernant le crime de prise d'otages, prévoit que la libération volontaire de l'otage dans les cinq jours constitue une cause excuse atténuante.

805 Corr. Bruxelles, 31 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 729.

nouvelle, tout en veillant à ce que les conditions d'incrimination de la disposition ancienne soient remplies[806].

Si la Cour de cassation précise que l'article 2 du Code pénal est étranger aux mesures de sûreté, telle la mesure d'internement, la Cour d'appel de Gand considère que la loi du 5 mai 2014 restreint les possibilités de prononcer la mesure de l'internement, de sorte qu'elle doit être qualifiée de loi plus douce et dès lors s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur[807].

En ce qui concerne la *peine*, différents critères sont retenus afin de déterminer « la peine la moins forte ». Tout d'abord, le critère traditionnel de la nature juridique de la peine. Ainsi, une peine correctionnelle est considérée comme plus sévère qu'une peine de police. Le fait que, par les lois des 4 avril et 3 mai 2003, la détention de cannabis à des fins d'usage personnel soit dorénavant punissable de peines de police, alors qu'elle était auparavant punissable uniquement de peines correctionnelles, a entraîné l'application rétroactive de ces lois[808]. Paradoxalement, il résulte du même principe qu'une amende de vingt-six euros ou une peine de travail de quarante-six heures, constituant toutes deux une peine correctionnelle, sera « systématiquement réputée plus draconienne que sept jours d'emprisonnement », considérée comme une peine de police[809]. De même, une peine criminelle est en principe plus sévère qu'une peine correctionnelle. Cependant, s'il a été longtemps considéré qu'une peine criminelle était plus sévère qu'une peine correctionnelle même si la durée de cette peine criminelle était moindre[810], ce n'est plus le cas aujourd'hui. Dans deux arrêts des 15 décembre et 22 décembre 2011, la Cour constitutionnelle a en effet estimé que la durée de la peine primait sur sa nature pour en évaluer la gravité : « même si la peine d'emprisonnement correctionnel est une peine de nature différente de celle de la peine criminelle de la réclusion, ces deux sanctions ont en commun de priver le condamné de sa liberté »[811].

D'autres critères peuvent également être mobilisés pour déterminer la peine la plus douce, comme son caractère (à durée égale, une peine de droit commun est plus sévère qu'une peine politique)[812] ou son objet (à nature juridique identique, l'emprisonnement est plus sévère que l'amende)[813].

La loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police illustre la difficulté à déterminer la douceur ou la sévérité d'une peine dite alternative par rapport aux autres peines principales que sont l'amende et l'emprisonnement. S'agissant d'une peine restrictive de liberté, la peine de travail a été jugée

---

806 Cass., 30 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 64.

807 Gand, 14 novembre 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 348.

808 Corr. Bruxelles, 19 avril 2004, *Journ. proc.*, n° 485, 10 septembre 2004, pp. 25 et Bruxelles, 30 juin 2004, *ibid.*, p. 26). A ce sujet, *cf.* Ch. GUILLAIN, « Cannabis, application de la loi pénale dans le temps et restitution » *ibid.*, pp. 28 et s.

809 S. DERRE, « La hiérarchie des peines. Ou quand l'évolution des éléments à classer rend désuets les critères de classement », *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 142. Cet auteur critique la mobilisation des critères traditionnels : « une modification des principes, en vue de les adapter à la réalité des évolutions législatives tous azimuts en matière de peine, s'impose avec de plus en plus d'acuité. En effet, la multiplication et la diversification des peines principales et accessoires ainsi que la volonté du législateur d'ajuster la sanction aux différents types d'infractions et d'auteurs constituent un phénomène nouveau en droit pénal belge qui rend anachroniques les critères actuels d'appréciation de la mesure des peines ».

810 Cass., 29 mars 1983, *Pas.*, I, p. 813. Une peine de vingt ans d'emprisonnement a ainsi été considérée comme une peine plus douce que dix ans de réclusion (Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, I, p. 353).

811 C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011 ; C.C., 22 décembre 2011, n° 199/2011. Sur ces deux arrêts, voy. D. DE BECO et Ch. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 670 et s.

812 Cass., 20 octobre 1947, *Pas.*, I, p. 423.

813 Cass., 31 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 607 ; Cass., 25 février 2003 et Cass., 24 octobre 2007.

moins sévère que la peine d'emprisonnement, peine privative de liberté[814], de sorte que la peine de travail peut s'appliquer à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 avril 2002 conformément à l'article 2 du Code pénal. La question est plus nuancée concernant l'amende. La peine de travail est *a priori* plus sévère que l'amende, dès lors que son incidence sur la liberté individuelle est plus importante[815], mais cette hiérarchie semble aujourd'hui remise en cause. Ainsi, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 20 juin 2007, considéré que le juge en appel ne méconnaît pas l'effet relatif de l'appel dès lors que, sur le seul recours du prévenu (situation dans laquelle la peine ne peut pas être aggravée), il remplace l'amende correctionnelle encourue devant le premier juge par une peine correctionnelle de travail[816]. De son côté, la Cour constitutionnelle a également « remis implicitement en cause cette hiérarchie traditionnelle des peines, par rapport à la peine de travail, en admettant que cette dernière n'a pas les conséquences économiques que peuvent avoir les peines pécuniaires et en soulignant que la peine de travail est quant à elle une peine consentie »[817]. Par ailleurs, la Cour a également décidé que la loi du 17 avril 2002 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle omet de permettre au prévenu qui a été condamné par défaut à une peine d'amende de solliciter, sur opposition, qu'une peine de travail soit prononcée[818]. Le même raisonnement peut être appliqué, par analogie, à la peine de probation autonome, introduite par la loi du 10 avril 2014, qui nécessite également l'accord du prévenu.

D'autres critères peuvent encore être retenus telle la durée de la peine (c'est en principe le maximum qui est pris en considération[819]), son espèce (une peine obligatoire est plus sévère qu'une peine facultative[820]) ou son taux. Il a ainsi été décidé que si deux peines se composent d'une peine d'emprisonnement avec le même maximum et d'une amende dont l'une est obligatoire et l'autre facultative, la peine avec l'amende facultative est toutefois la plus lourde si le maximum de l'amende facultative est supérieur au maximum de l'amende obligatoire[821].

En cas de pluralité de peines, la peine principale est considérée avant la peine accessoire[822]. Enfin, une peine subsidiaire de déchéance du droit de conduire est considérée comme plus douce qu'une peine subsidiaire d'emprisonnement[823].

Bien qu'on puisse douter de leur compatibilité avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, plusieurs *exceptions* à la rétroactivité des lois pénales plus douces paraissent admises par la jurisprudence[824].

---

814 Cass., 8 janvier 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 534, note A. JACOBS ; Cass., 12 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1317 ; Cass., 12 mars 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 1462.

815 Bruxelles, 17 décembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 49 : « la peine autonome de travail doit être considérée comme un système répressif... plus sévère qu'une peine d'amende, quel qu'en soit le montant ».

816 Cass., 20 juin 2007 ; Cass., 26 septembre 2007.

817 C.A., 11 janvier 2007, n° 4/2007, *Rev. dr. pén. crim*., 2007, p. 746 ; C.C., 28 novembre 2007, n° 147/2007, *Nullum Crimen*, 2008, pp. 50 et s. ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 140.

818 C.A., 11 janvier 2007, n° 4/2007, *Rev. dr. pén. crim*., 2007, p. 746. A ce sujet, voy. K. Beirnaert, "Werkstraf op verzet na geldboete bij verstek: lacune in de wet? ", note sous C.A., 11 janvier 2007, *R.W.*, 2007, pp. 360 et s.

819 Cass., 17 mars 1924, *Pas.*, I, p. 252. *Cf.* également Cass., 15 juin 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 115 : « lorsque leur maximum est identique, la loi la plus sévère est celle prévoyant le minimum le plus élevé ».

820 Mons, 9 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 669 ; Cass., 13 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 478.

821 Cass., 17 avril 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 403 et la note A. VANDEPLAS, « De bepaling van de zwaarste straf » ; Cass., 12 février 1992, *Pas.*, I, p. 517.

822 Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1220 ; Cass., 11 février 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 1083, note A. DE NAUW ; Cass., 19 mai 2009, Cass., 22 décembre 2009.

823 Cass., 2 novembre 2004 ; Cass., 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 515 ; Cass., 20 avril 2005 ; Cass., 11 mai 2005 ; Cass. 28 juin 2005.

824 D'autant que l'article 15 du Pacte ne prévoit aucune exception et a été adopté sans réserve par la Belgique. En ce sens, voy. O. VANDEMEULEBROEKE, « Propos sur la rétroactivité...' » *op. cit.*, pp. 157-158; F. DERUYCK et B. SPRIET, "De (niet-)retroactiviteit van de decumulbepaling van artikel 5, lid 2, van het strafwetboek: een gesloten discussie?", *T. Strafr.*, 2000, p. 268.

La restriction la plus générale, dont les autres dérivent partiellement, réside dans l'idée que cette règle ne s'applique qu' « à la condition non douteuse que la volonté du pouvoir législatif ait été de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir »[825]. C'est notamment sur cette base que la Cour de cassation a pu admettre que l'article 5, alinéas 1er et 2 du Code pénal, inséré par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, crée une cause d'excuse absolutoire, tout en décidant qu'« il ressort de la circonstance que la loi associe la cause d'excuse absolutoire au fait que la personne morale puisse être sanctionnée, que l'objectif poursuivi par la nouvelle disposition légale n'était incontestablement pas que cette cause exclusive de peine puisse être applicable aux infractions commises sous l'empire de l'ancienne loi »[826]. Pour la Cour, cette solution n'est pas contraire aux articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15, alinéa 1er du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans la mesure où l'article 5, alinéas 1er et 2 du Code pénal n'a pas pour objectif de modifier le caractère pénalement répréhensible des faits[827]. La Cour constitutionnelle a, quant à elle, considéré que l'article 5, al. 2 du Code pénal ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il ne s'applique pas aux faits commis avant son entrée en vigueur.

C'est en se fondant sur la même idée que la jurisprudence ne reconnaît pas non plus cette « faveur » aux lois et règlements de circonstances[828], à celles qui présentent un caractère occasionnel ou temporaire[829] ainsi qu'aux règlements de roulage[830]. Elle estime, en outre, que la rétroactivité ne peut pas porter atteinte à l'ordre public, aux droits de la défense ni aux droits de la victime[831].

§ 2. L'application de la loi pénale dans l'espace

Les principes qui régissent le champ d'application de la loi pénale dans l'espace[832] sont consacrés aux articles 3 et 4 du Code pénal qui affirment, d'une part, le principe de la territorialité et, d'autre part, l'exception de l'extraterritorialité.

A. Le principe de la territorialité

L'article 3 du Code pénal dispose que :

> « L'infraction commise sur le territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois belges ».

---

825 Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, I, p. 204 ; Cass., 11 décembre 2002.

826 Cass., 3 octobre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 865, note M. DE SWAEF ; *Contra* : A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, p. 660. *Cf.* également S. COISNE, « Les enjeux du principe de la rétroactivité *in mitius* consacrés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *op. cit.*, p. 58, qui, tout en se ralliant à la solution consacrée par la Cour de cassation, critique sa justification et estime simplement que la condition d'ouverture du principe de la rétroactivité *in mitius* n'est pas remplie dans le cas d'espèce.

827 Cass., 26 février 2002, *Rev. dr. pén. crim*, 2003, p. 1065.

828 Cass., 29 avril 1969, *Pas.*, I, p. 769.

829 Bruxelles, 30 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 175 ; Cass., 20 janvier 2004.

830 Cass., 29 février 1932, *Pas.*, I, p. 87 ; Cass., 12 décembre 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 354, note.

831 Cass., 21 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 281 (une loi qui modifie les modalités de réparation d'une infraction n'a pas d'effet rétroactif). La question de l'action civile est controversée. L'effet rétroactif d'une loi est sans incidence sur la compétence de la juridiction pénale pour connaître de l'action civile (Anvers, 4 septembre 1987, *Pas.*, II, p. 214 ; *contra* : Bruxelles, 21 octobre 1987, *Pas.*, 1988, II, p. 44).

832 Il s'agit de la loi nationale car le champ d'application des décrets et des ordonnances, tout comme d'ailleurs celui des règlements provinciaux, communaux et d'agglomération est limité aux communautés, régions, provinces, communes ou agglomérations qui les concernent. *Cf. supra*.

Il découle du principe de la territorialité que toutes les infractions qui sont commises en Belgique, quelque que soit la nationalité de l'auteur ou de la victime[833], sont punies conformément aux lois belges. Ce principe, adopté par la majorité des pays européens, est lié à la souveraineté de l'Etat et tient au fondement traditionnel de la justice pénale : le droit pénal protège l'ordre public national, à l'intérieur des frontières du pays.

Il convient de se poser deux questions : qu'entend-on par territoire et quand une infraction est-elle commise sur le territoire de l'Etat ?

1. Le territoire du royaume

Il n'y a pas de concept proprement pénal de territoire et celui-ci est défini par référence au droit constitutionnel et au droit international. Les auteurs distinguent le territoire réel et le territoire fictif[834].

Le territoire *réel* est composé, tout d'abord, de l'espace terrestre. Celui-ci est fixé par les traités qui établissent les frontières de la Belgique. Il comporte le réseau fluvial intérieur ainsi que les ports, les côtes, de même que le plateau continental[835]. L'espace maritime, ensuite, est constitué par la mer territoriale qui s'étend jusqu'à 22,224 km des côtes[836]. Si l'Etat riverain peut prendre des mesures de police ou de sûreté[837], les autorités judiciaires ne peuvent, en principe, intervenir pour des infractions commises à bord d'un navire étranger circulant dans la mer territoriale[838]. Il en va de même pour l'espace *aérien* où l'Etat est souverain sur l'espace atmosphérique qui surplombe son territoire terrestre et la mer territoriale.

Le territoire *fictif* est constitué par le « territoire flottant » qui est soumis à la loi du pavillon ou de l'immatriculation. Ainsi, le nouveau Code belge de la navigation du 8 mai 2019 énonce que « les délits maritimes commis à bord d'un navire belge sont réputés commis sur le territoire de la Belgique » (art. 4.3.3.2, § 1er) et que « les poursuites (…) peuvent avoir lieu même si l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire de la Belgique » (art. 4.3.3.2, § 4). La loi du pavillon s'applique à d'autres infractions, telles le trafic illicite de stupéfiants ou de migrants, les actes contre la sécurité de la navigation maritime ou, encore, les faits de piraterie internationale. Ces infractions, commises à bord d'un navire belge, sont réputées avoir été commises sur le territoire belge et leur poursuite relève de la compétence du parquet fédéral (art. 4.5.1.7).

Il en va de même des infractions commises à bord d'un aéronef belge en vol qui « sont réputées commises en Belgique et peuvent être poursuivies même si l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire du royaume » (art. 36 de la loi du 27 juin 1937 relative à la réglementation de la navigation aérienne). Les avions étrangers sont assimilés au territoire étranger, sauf si l'auteur ou la victime est belge ou si l'avion atterrit en Belgique après l'infraction (art. 36, al. 3, de la même loi).

---

833 Et ce, même s'ils n'y résident pas.

834 *Répertoire pratique du droit belge,* Complément, t. IV, v° Infractions et répression en général, Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 1972, n° 109.

835 Loi du 13 juin 1969 sur l'exploration et l'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental.

836 Loi du 6 octobre 1987 fixant la largeur de la mer territoriale de la Belgique.

837 Cass., 23 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 374 : « Les eaux territoriales, étant une étroite dépendance du domaine terrestre, sont soumises au pouvoir de police et de sûreté de l'Etat riverain ».

838 Sauf si les conséquences de l'infraction s'étendent à l'Etat riverain (et notamment si un national est en cause), si l'ordre public dans le port est troublé, si le capitaine fait appel aux autorités locales ou s'il s'agit d'un trafic illicite de stupéfiants (art. 16 et 19 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, approuvée par la loi du 29 juillet 1971).

Il existe néanmoins des exceptions où les infractions, bien que commises sur le territoire belge, échappent à la compétence des tribunaux belges. Il en est notamment ainsi des immunités personnelles qui s'attachent à certains diplomates. Les ambassades étrangères accréditées en Belgique ne bénéficient pas pour autant du principe d'extra-territorialité[839] de sorte que le crime ou le délit qui y est commis, par un Belge ou par un étranger, qui ne fait pas partie du personnel diplomatique ou de la famille de celui-ci, sera traité comme une infraction commise sur le territoire national, conformément aux lois belges[840].

2. La localisation de l'infraction

a) La théorie de l'ubiquité objective

Si l'ensemble de l'infraction se déroule dans un seul et même lieu, elle est, bien sûr, localisée à cet endroit[841]. Mais des difficultés pourraient surgir dans les situations complexes, c'est-à-dire lorsque les éléments constitutifs de l'infraction se réalisent sur le territoire de plusieurs Etats ou lorsqu'il s'agit d'une infraction continue, d'habitude ou collective se produisant sur le territoire de plusieurs Etats[842]. La loi belge, contrairement à d'autres législations[843], ne définit pas le lieu de l'infraction.
La théorie actuellement admise par la jurisprudence et adoptée par la doctrine est celle de l'*ubiquité objective* : les tribunaux belges sont compétents pour juger une infraction dont un des éléments constitutifs ou aggravants matériels a été commis en Belgique, même si elle n'a pas été entièrement commise en Belgique[844]. Ainsi, un délit de corruption a pu être jugé par les tribunaux belges pour la raison que deux de ses éléments constitutifs, la qualité de la personne corrompue et le but des manœuvres corruptrices, se localisent en Belgique[845].
On notera ici que :

- en matière de participation criminelle, un acte de participation réalisé à l'étranger sera considéré comme accompli en Belgique si l'infraction principale est commise en Belgique et le participant dès lors passible d'être jugé en Belgique : « lorsque l'un des éléments constitutifs de l'infraction, en l'occurrence la participation à une association de malfaiteurs, a été commise sur le territoire d'un Etat, l'infraction est supposée y avoir été commise dans son intégralité »[846].
- réciproquement, un acte de participation en Belgique à une infraction principale commise à l'étranger ne devrait pas fonder la compétence des juridictions belges[847]. Il a pourtant été jugé

---

839 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit., p. 117, n° 394.

840 F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, t.2, p. 404 ; Chr. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 2e éd., Anvers, Maklu, 1994, t. 2, p. 495.

841 En ce qui concerne une infraction d'omission, il a été jugé qu'elle est réputée commise au lieu où l'obligation non respectée doit être exécutée (Cass., 31 octobre 2001).

842 Sur les infractions instantanées et continues, *cf. infra*.

843 Notamment l'article 113-2 du Code pénal français : « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République française dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

844 M.-A. BEERNAERT, H. D BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, La Charte, 9ème éd., 2021, Tome I, p. 98 ; Fr. KUTY, « Le critère de la compétence territoriale des juridictions pénales », *J.L.M.B.*, 2021/25, p. 1126 ; Bruxelles (mis. acc.), 5 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 387, obs. Fr. JONGEN ; Cass., 23 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 534 ; Corr. Bruxelles, 20 février 1987, *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 158, n° 6442.

845 Cass., 23 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 534.

846 Cass., 20 février 1961, *Pas.*, I, p. 664 ; Bruxelles (ch. mis. acc.), 17 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 125 ; Cass., 8 août 1994, *Pas.*, I, p. 670; Corr. Bruxelles, 20 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 870.

847 En ce sens, voy. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit.*, p. 127, n° 460 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 77, n° 70 ; Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, La loi pénale, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 422.

que l'acte punissable de participation à la fabrication de stupéfiants à l'étranger, commis sur le territoire belge, est considéré comme une infraction commise en Belgique[848].
- en matière de tentative, sont punis conformément aux dispositions des lois belges, les actes extérieurs constituant le début de l'exécution ''un crime ou d'un délit à l'étranger, commis sur le territoire du Royaume et suspendus ou restés sans effet en raison d'une circonstance indépendante de la volonté des auteurs[849].
- pour les infractions de commission par omission, le délit de non-représentation d'enfant est commis au lieu où doit s'accomplir la remise de l'enfant, en application de la décision à exécuter, indépendamment du lieu de résidence du parent en défaut[850].
- pour le délit continu, d'habitude et collectif, il suffit que l'infraction ait été commise partiellement en Belgique, pour fonder la compétence des tribunaux belges. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le caractère punissable en Belgique et la compétence du juge belge pour une partie de l'infraction continue d'abandon de famille entraîne le caractère punissable et la compétence pour l'ensemble des faits[851].

La théorie de l'ubiquité est qualifiée d'*objective* dans la mesure où elle prend en compte l'infraction elle-même et non l'intention de l'auteur ni les effets de l'infraction[852]. La théorie de l'ubiquité subjective n'est, quant à elle, pas consacrée en droit belge[853]. La résolution entreprise en Belgique de commettre une infraction à l'étranger échappe dès lors, en principe, à la compétence des tribunaux belges puisqu'il s'agit d'un élément subjectif. Ainsi, la préméditation n'a pas été admise comme élément suffisant de localisation en Belgique: « si les tribunaux belges sont compétents pour juger une infraction dont un des éléments constitutifs est réalisé en Belgique, tel n'est pas le cas de la préméditation qui est une circonstance aggravante de l'homicide volontaire ; ... le caractère objectif de la théorie de l'ubiquité appliquée en droit belge a pour corollaire que la résolution entreprise en Belgique de commettre une infraction à l'étranger échappe à la compétence des tribunaux belges, dès lors qu'il s'agit d'un élément subjectif ». L'arrêt admet, en revanche, qu'une « concertation préalable » entre les inculpés constitue un élément suffisant de la localisation en Belgique[854].

La tendance actuelle est d'étendre le territoire d'application du droit pénal par l'élargissement des conditions relatives à la détermination du lieu de l'infraction. Déjà en 1979, la Cour de cassation décidait que, dans le cas de l'émission d'un chèque sans provision, le juge belge est compétent lorsque le compte est domicilié en Belgique[855]. Pour l'Avant-projet de Code pénal (1985), l'infraction est « réputée commise sur le territoire du royaume » non seulement « lorsque l'un de ses éléments constitutifs a été, en tout ou en partie, accompli en Belgique », mais aussi « lorsque les effets de l'infraction punissable et commise à l'étranger ont eu ou pourraient avoir lieu, en tout ou en partie, en Belgique et lorsque l'infraction commise à

---

848 Cass., 28 juin 1994, *Pas.*, I, p. 654. Voy. également Cass., 26 février 2002, qui considère que les participants à un transport international de drogue peuvent être poursuivis séparément dans les pays respectifs où ils ont commis les faits (*Pas*., 2002, p. 556). Il faut néanmoins tenir compte des spécificités du contentieux des stupéfiants, notamment au plan international. Sur ce point, voy. S. BRAMMERTZ, « Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen », *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, pp. 1063 et s. et Ch. GUILLAIN, « L'application du principe *non bis in idem* au trafic de drogues. Analyse de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 », *J.T.*, 2007, n° 6257, pp. 144-149.

849 Cass., 16 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 75.

850 Cass., 2 octobre 2002, *Pas*., 2002, p. 1796.

851 Cass., 16 mai 1989, *Pas.*, I, 973, *R.W.*, 1989-1990, col. 193.

852 L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, pp. 152-153, n° 227.

853 Voy. D. FLORE, « La poursuite des infractions transnationales dans le domaine du droit financier et boursier », *Rev. dr. pén. crim*., 1998, pp. 134 et s.

854 Cass., 24 janvier 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 721. Cet arrêt contredit, sur ce point, Bruxelles (mis. acc.), 9 novembre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 761.

855 Cass., 23 janvier 1979, *Pas.*, I, p. 582. Voy. J. SPREUTELS, « Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, pp. 237 et s.

l'étranger est connexe à une infraction commise en Belgique » (art. 30). Par la fiction utilisée, ce texte permet de retenir non seulement les effets directs et immédiats (ce qui constitue déjà un critère de localisation plus large que celui de l'élément constitutif) mais aussi les effets lointains et seulement probables[856]. À la limite, le juge belge pourrait être compétent dès que l'infraction, par un de ses aspects, offre un quelconque élément permettant de la rattacher à la Belgique[857]. À titre d'exemple, il a ainsi été jugé, en matière d'infraction d'abus de confiance, que l'ordre donné à une banque suisse d'encaisser des valeurs et de verser le produit sur un compte bancaire suisse constituait un acte d'appropriation qui fondait la compétence des juridictions belges. Même s'il n'a pas été démontré que l'ordre d'encaissement a été donné à partir de la Belgique, la Cour de cassation a considéré que l'appropriation des valeurs doit être située en Belgique au seul motif que le prévenu résidait en Belgique pendant la période incriminée[858]. S'inspirant du droit français, la Commission de réforme du droit pénal (2016) définit le lieu de l'infraction et stipule que « l'infraction est réputée commise sur le territoire du royaume dès lors qu'un de ses éléments constitutifs ou aggravants a lieu matériellement sur ce territoire » (art. 4). Les auteurs disent consacrer la théorie de l'ubiquité objective dans la mesure où « elle prend en compte les faits matériels de l'infraction et non l'intention de l'auteur ni les effets de l'infraction »[859]. On soulignera toutefois que la majorité des circonstances aggravantes porte sur les conséquences de l'infraction[860].

b) L'application du principe non bis in idem

Enfin, il subsiste une question, celle de la *concurrence* possible entre plusieurs juridictions pour juger le même fait qui se serait déployé sur le territoire de plusieurs Etats.

En droit pénal belge, il est traditionnellement admis que la règle *non bis in idem*[861] de l'article 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale[862], qui fait l'objet d'une interprétation restrictive, ne reçoit application qu'aux faits commis à l'étranger[863]. Il en résulte qu'une infraction partiellement commise en Belgique pourrait y être poursuivie et jugée même après avoir fait l'objet de poursuites et de condamnation à l'étranger (et inversement)[864], ce qui pourrait être considéré comme incompatible avec le droit

---

856 Chr. VAN DEN WYNGAERT estime que ce critère est trop large et que l'ensemble de la matière de la localisation de l'infraction devrait être reformulée (« De toepassing van de strafwet in de ruimte. Enkele beschouwingen », *op. cit.*, pp. 512, 515-516).

857 R. SCREVENS, F. GORLÉ, H.-D. BOSLY et Ph. QUARRÉ, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, p. 473. Tel est le sens de Corr. Turnhout, 5 décembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2780, note A. VANDEPLAS.

858 Cass., 26 mai 2009. Dans le même sens, concernant la mise en vente et la publicité illégale de médicaments sur internet, voy. Anvers, 5 mai 2010, où la Cour d'appel d'Anvers s'est déclarée compétente au motif que l'offre était consultable en Belgique (*T. Strafr.*, 2010, p. 343 et note J. KERKHOFS).

859 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, op. cit., pp. 1 et 42.

860 Voy. *infra*.

861 La règle *non bis in idem* a pour objet d'interdire, après un jugement définitif d'acquittement ou de condamnation, de nouvelles poursuites pour la même infraction. Pour une étude générale et approfondie de ce principe, voy.. G. STESSENS et T. ONGENA, « Extraterritorialiteit en het *ne bis in idem*-beginsel », *Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 8, Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 93 et s. ; ; L. MAULET , « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un dialogue contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*,2017/109, pp. 107-130 ; J.-P. COLLIN, E.-R. FRANCE, F. ROGGEN, F. ET J. SPREUTELS, « Chapitre 15 - Principe non bis in idem » *in Droit pénal des affaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 352-363.

862 Voy. *infra*.

863 Cass., 20 juin 1977, *Pas.*, I, p. 1070.

864 Cass., 20 février 1991, *Pas.*, I, p. 597 ; Cass., 19 juin 2001.

au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[865].

Sur le plan international, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, § 7), ni le Protocole n° 7 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 4) qui consacrent la règle *non bis in idem*, ne sont applicables en l'espèce : ils ne concernent que les juridictions d'un même Etat. En revanche, l'article 54 de Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen[866] prévoit l'application du principe *non bis in idem* aux décisions rendues par des juridictions d'Etats différents pour autant que ceux-ci soient liés par ces Conventions[867]. Le principe est également consacré par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et interdit dorénavant les poursuites et les condamnations en raison d'une même infraction au sein des Etats membres de l'Union européenne (voir *supra*, Section 3, § 1, C, 2, h).

En ce qui concerne des faits commis uniquement à l'étranger, on signalera que le principe *non bis in idem* s'impose aux juridictions belges et est prévu à l'article 13 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

On soulignera enfin que le principe *non bis in idem* figure dans les Statuts des Tribunaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (art. 10) et le Rwanda (art. 9) ainsi que dans le Statut de la Cour pénale internationale (art. 17 et 20)[868].

B. L'exception de la compétence extraterritoriale

L'article 4 du Code pénal dispose que :

> « L'infraction commise hors du territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, n'est punie, en Belgique, que dans les cas déterminés par la loi ».

S'il est logique que la loi nationale se désintéresse des infractions commises à l'étranger, cette situation s'est rapidement révélée intenable du point de vue des exigences de la défense sociale[869] et des exceptions à la territorialité se sont multipliées dès le XIX^{e} siècle. Le principe d'une compétence extra-territoriale a ainsi été reconnu « dans les cas déterminés par la loi » (art. 4 C. pén.). Ceux-ci sont énumérés aux articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale[870].

---

865 Fr. RIGAUX, « L'exercice de la justice répressive », *Ann. Dr.*, 1985, p. 38, n° 27 ; Ch. GUILLAIN, « L'application du principe *non bis in idem* au trafic de drogues. Analyse de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 », *op. cit.*

866 Voy. *supra*.

867 Encore faut-il que le juge belge considère, selon son appréciation souveraine, que les faits dont il est saisi sont les mêmes que ceux qui ont été jugés à l'étranger (Cass., 28 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 631 631 ; Cass., 6 janvier 2021, P.20.0028.F, concl. Procureur général D. VANDERMEERSCH) et que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie, soit actuellement en cours d'exécution on ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante qui l'a condamné (Cass., 23 mai 2000, *J.T.*, 2001, p. 450).

868 Pour plus de précisions, cf. D. BERNARD, Juger et juger encore les crimes internationaux. Etude du principe ne bis in idem, op. cit.

869 A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op. cit.*, p. 60, n° 105 : « Mais le principe de la défense sociale, qui justifie le droit de punir à l'intérieur du territoire, le justifie également pour des actes coupables commis hors du territoire. L'Etat a le droit de punir quand la conservation de son ordre public l'exige ».

870 Le législateur a donc estimé qu'il s'agissait d'une question de compétence des tribunaux alors que, dans d'autres droits (en Suisse, en Allemagne, en Italie, en Hollande, en Suède notamment), il s'agit d'une question de droit pénal matériel (la compétence n'étant qu'une conséquence du champ d'application de la loi). La Commission pour la révision du Code pénal suggère d'intégrer ces dispositions dans le Code pénal lui-même (*Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, pp. 33-34). La *Commission de réforme du droit pénal* (2016) estime au contraire que cette question relève de la procédure pénale (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, op. cit.*, p. 42. L'enjeu réside notamment dans l'application des principes généraux du droit pénal tel le principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

Dans l'état actuel du droit, la compétence extra-territoriale constitue une exception au principe de la territorialité. Il en résulte que l'infraction « commise hors du territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, n'est punie, en Belgique, *que* dans les cas déterminés par la loi » (art. 4 C. pén.)[871]. En l'espèce, l'énumération des cas de compétence extra-territoriale (art. 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale) est limitative et ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Nous observons toutefois un élargissement progressif des cas de compétence extraterritoriale, ce qui à terme amènera sans doute à inverser l'articulation du principe et des exceptions.
De manière générale, lorsqu'une infraction commise à l'étranger peut être jugée en Belgique, la poursuite est facultative (« pourra »), elle est en principe subordonnée au fait que l'inculpé est trouvé en Belgique[872], la règle *non bis in idem* s'applique (art. 13)[873] et l'inculpé est soumis aux lois belges (art. 14). En outre, dans certains cas, la loi subordonne l'intentement des poursuites à l'avis officiel de l'autorité étrangère, à la plainte préalable de la victime[874] ou à la requête du procureur du Roi.

1. Les cas de compétence extra-territoriale

Les cas de compétence extra-territoriale sont fondées sur quatre principes généraux.

Le premier principe est celui de la *protection* (compétence réelle) afin, notamment, d'assurer la défense de l'Etat belge contre les crimes et délits commis en dehors du territoire, par des Belges (ou toute personne ayant sa résidence principale en Belgique) ou par des étrangers, soit qui portent atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de celui-ci (art. 6, 1° et 10, 1° Titre préliminaire du Code de procédure pénale), soit qui sont dirigés contre la foi publique de l'Etat belge (art. 6, 2° et 10, 2°)[875].

Le deuxième principe est celui de la *personnalité active* qui tient compte de la nationalité ou de la résidence de l'auteur de l'infraction[876] et qui est un corollaire du principe de la non-extradition des nationaux : tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale en Belgique qui s'est rendu coupable, en dehors du territoire, d'un fait qualifié crime ou délit par la loi belge peut être poursuivi en Belgique si le fait est puni par la législation du pays où il est commis : c'est l'exigence de la double incrimination qui doit être appréciée par le juge du fond[877] (art. 7 et 11). Par ailleurs, sous réserve de certaines conditions, la nationalité belge ou la résidence en Belgique fonde également la compétence des juridictions belges à l'égard de l'auteur qui s'est rendu coupable, à l'étranger, d'un crime ou d'un délit dirigé contre la foi publique d'un Etat étranger (art. 6, 3°), d'une violation grave du droit international

---

871 Voy. D. FLORE, « Le jugement répressif au-delà des frontières nationales », *Ann. Dr.*, *op. cit.*, p. 139.

872 Cette condition est cependant interprétée largement, en ce sens qu'il suffit, qu'après la commission de l'infraction et avant l'engagement des poursuites, l'inculpé soit venu en Belgique et y ait été rencontré ou trouvé, même s'il a quitté le territoire avant les premiers actes de procédure (Bruxelles, (mis. acc.), 9 novembre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 761 ; Cass., 30 mai 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 51 ; Cass., 20 mars 2019, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, p. 970 et concl. D. VANDERMEERSCH). Néanmoins, cette règle connaît de nombreuses exceptions inscrites à l'article 12 du Titre préliminaire, notamment concernant les infractions terroristes ou les violations graves du droit international humanitaire.

873 Cass., 10 juin 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 704.

874 Cass., 10 juin 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 704.

875 A certaines conditions, la compétence du juge belge est également établie pour les faits de corruption, prévus aux articles 246 à 249 du Code pénal (art. 10*quater*).

876 La notion de résidence ne signifie pas que le séjour doive être régulier en Belgique. Cette règle attributive de compétence extraterritoriale aux juridictions belges ne subordonne pas cette compétence à la fixation de la résidence principale du suspect de tels faits dans le Royaume avant leur commission (Cass., 4 novembre 2020, RG. P.20.1061.F, H. BOSLY, E. DELHAISE, D. VANDERMEERSCH, F. KUTY, N. COLETTE-BASECQZ, O. NEDERLANDT, L. KENNES, « Chronique semestrielle de jurisprudence pénale 1/2021 », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021/5, p. 418).

877 Cass., 27 avril 1976, *Pas.*, I, p. 938 ; Cass., 29 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 150.

humanitaire ou d'une infraction terroriste (art. 6, 1°*bis* et *ter*), d'une infraction en matière forestière, rurale, de pêche ou de chasse commise sur le territoire d'un pays limitrophe (art. 9), de faits de corruption à l'encontre de personnes qui exercent une fonction publique dans un Etat étranger ou dans une organisation de droit international public (art. 10*quater*, § 2).

Le troisième principe est celui de la *personnalité passive* qui s'attache à la nationalité de la victime et entend protéger les intérêts des victimes belges d'une infraction commise à l'étranger: peut être poursuivi en Belgique l'étranger qui a commis un crime contre un ressortissant belge pour autant que le fait soit punissable en vertu de la législation du pays où il a été commis d'une peine d'emprisonnement supérieure à 5 ans (art. 10, 5°). Sur la seule requête du procureur fédéral, les juridictions belges sont également compétentes pour juger l'étranger qui a commis, hors du territoire belge, une violation grave du droit international humanitaire contre une personne qui, au moment des faits, est un ressortissant belge ou un réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence habituelle ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique (art. 10, 1°*bis*). Par ailleurs, fonde également la compétence des juridictions belges l'étranger qui a commis, hors du territoire, une infraction prévue au Livre II, titre I*ter* du Code pénal (infractions terroristes) contre un ressortissant ou une institution belge, ou contre une institution de l'Union européenne ou d'un organisme créé conformément à un Traité européen ou au traité sur l'Union européenne et qui a son siège dans le Royaume (art. 10*ter*, 4°). La situation de guerre est prévue de manière particulière (art. 10, 4°)[878].

Enfin, le dernier principe est celui de la *compétence universelle* qui implique la solidarité des Etats dans la lutte contre la criminalité qui porte atteinte à l'ordre international et au respect des obligations internationales (art. 10, 3° et art. 10*bis*).

2. La compétence universelle

Depuis la fin des années 1980 et surtout durant les années 1990, le principe de la compétence universelle a connu des développements nouveaux, dans des matières particulièrement sensibles[879]. La compétence universelle « consiste en l'aptitude d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et celle de la victime »[880]. Elle se distingue « des critères traditionnels de compétence extraterritoriale (...) par l'atténuation, voire même la suppression de tout lien de rattachement avec le pays du for »[881]. Le fondement de ce principe réside dans la communauté d'intérêts ou de valeurs à caractère universel dont la protection relève de la responsabilité commune des Etats. Son objectif est de rendre plus effective la répression de la criminalité internationale et, de cette manière, empêcher l'impunité pour les infractions les plus graves. La compétence universelle évite, en effet, tout conflit négatif de compétence et, partant, tout déni de justice. Elle répond à ce titre à la demande de nombreuses victimes de crimes de droit international humanitaire qui se plaignent de l'absence de *for* pour faire juger les faits qu'ils entendent dénoncer.

---

878 P. MAHILLON, « Des extensions récentes à la possibilité de poursuites à raison d'infractions commises hors du territoire du Royaume », *Rev. dr. pén. crim.*, 1948-1949, pp. 513 et s.

879 De manière générale, voy. A. BAILLEUX, La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale, Bruxelles, Bruylant, 2005.

880 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », *Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 8, *op. cit.*, p. 41.

881 H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 109.

À l'instar de D. VANDERMEERSCH, nous pouvons distinguer la compétence universelle obligatoire résultant des conventions internationales et la compétence universelle autonome ou volontaire, établie par le législateur en dehors de toute obligation internationale.

a) La compétence universelle obligatoire

Différents instruments internationaux, régionaux ou universels, imposent aux Etats, pour certaines infractions particulièrement graves et qui constituent des crimes de droit international, l'obligation de donner compétence à ses juridictions pour juger les auteurs présumés, quand bien même les infractions auraient été commises à l'étranger et que les auteurs ne seraient pas des nationaux de cet Etat. Ici, la compétence universelle procède du principe « *aut dedere aut judicare* » aux termes duquel les Etats sont obligés soit d'extrader (ou de transférer à la juridiction internationale), soit de poursuivre et de juger eux-mêmes les auteurs d'infractions. Dans cette hypothèse, les juridictions nationales sont donc compétentes, quels que soient le lieu de l'infraction, la nationalité de l'auteur et celle de la victime.

Une telle obligation « d'extension de compétence » se trouve, notamment, dans les Conventions de Genève du 12 août 1949[882], dans la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 (art. 6.1 et 7) ainsi que dans l'article 5.2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de New York du 10 décembre 1984. En matière de droit international humanitaire, aucun principe de compétence universelle obligatoire n'est cependant prévu en matière de crime contre l'humanité ni en ce qui concerne la répression du crime de génocide.

En ce qui concerne les conditions de l'exercice de la compétence universelle obligatoire, contrairement au caractère facultatif des poursuites dans les cas de compétence extra-territoriale, les autorités sont tenues d'exercer des poursuites en droit interne si elles refusent l'extradition. Toutefois, à défaut d'initiative du ministère public, les victimes peuvent mettre l'action publique en mouvement en se constituant partie civile entre les mains du juge d'instruction. Comme l'observe D. VANDERMEERSCH, cette situation a donné « une dimension particulière » à la compétence universelle dans la mesure où, en matière de droit international humanitaire, il semble que le ministère public ait rarement été le moteur de la mise en mouvement de l'action publique et que c'est pratiquement toujours sous l'impulsion des parties civiles que des poursuites ont été ouvertes devant les juridictions nationales[883].

Enfin, afin de garantir la mise en œuvre en droit belge des obligations internationales, la loi du 11 juillet 2001 a introduit un article 12*bis* dans la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale qui dispose que « les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du royaume et visées par une convention internationale liant la Belgique, lorsque cette convention lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites ». Comme cela avait déjà été suggéré par certains auteurs[884], il s'agit donc

---

882 Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (art. 49) ; Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (art. 50) ; Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre (art. 129) ; Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (art. 146) ; Protocole (I) additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (art. 85, § 1er).

883 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit, op. cit., p. 57.

884 Voy. Chr. VAN DEN WYNGAERT, "De toepassing van de strafwet in de ruimte. Enkele beschouwingen", *op. cit.*, pp. 516-517, 522 ; Fr. THOMAS, "De internationale gelding van de strafwet in de ruimte", *op. cit.*, p. 207 ; G. STARKLE, "Piraterie en haute mer et compétence pénale internationale", *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, pp. 735 et s.

désormais d'une norme à caractère général qui assure la transposition automatique en droit interne des obligations contractées sur le plan international. Cette disposition « permet de faire l'économie d'une nouvelle disposition en droit interne lors de chaque ratification d'une convention internationale introduisant un nouveau chef de compétence universelle obligatoire »[885].

b) La compétence universelle autonome

Comme d'autres pays, la Belgique a adopté, sur une base volontaire, des législations propres qui créent des critères de compétence universelle plus larges que ceux qui résultent des conventions internationales. La question de l'opportunité et de la légitimité de la compétence universelle se pose évidemment de manière différente dans ce cas de figure lorsque c'est l'Etat lui-même qui attribue cette compétence à ses juridictions dans les matières qui ne sont pas couvertes par une convention internationale ou lorsque la compétence accordée excède ce qui est exigé par le droit international. Ainsi, si la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire ne concernait que les crimes de guerre, la loi du 10 février 1999 a étendu son champ d'application aux crimes contre l'humanité et aux crimes de génocide[886]. Ainsi que l'observe D. VANDERMEERSCH, la Belgique est allée au-delà des obligations conventionnelles contractées suite à la ratification des Conventions de Genève, et ce sur plusieurs points: incriminations *sui generis*[887], extension de la loi aux conflits non internationaux, compétence universelle sans exigence de lien de rattachement[888]. Elle a été considérée à l'étranger comme pionnière en la matière[889].

Suite aux événements qui se sont déroulés au Rwanda en 1994 et à la venue de nombreux réfugiés en Belgique, la loi du 16 juin 1993 a connu une première application lors du procès qui s'est déroulé devant la Cour d'assises de Bruxelles. Par un arrêt du 8 juin 2001, celle-ci a reconnu les quatre accusés coupables de crimes de guerre[890]. Depuis lors, d'autres procès en cour d'assises ont suivi (2005, 2007 et 2009)[891], dont le dernier s'est tenu en novembre 2019 et a condamné un accusé à vingt-cinq ans de réclusion pour crimes de guerre et crime de génocide envers les Tutsis[892].

1) Les difficultés de la mise en œuvre[893]

La mise en œuvre de la compétence universelle dans le cadre de la loi du 16 juin 1993 a posé certaines questions, notamment sur le plan des immunités[894] ou quant à l'exigence de la

---

885 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », *op. cit*., p. 45.

886 Voy. *supra*, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 1. Le droit international, A. Le droit international pénal, 2. Les difficultés de la répression.

887 La loi du 22 avril 2003 a inscrit les infractions de droit international humanitaire dans le Code pénal Voy. *supra*, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 1. Le droit international, A. Le droit international pénal, 3. La Cour pénale internationale, b) Les premières étapes.

888 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », *Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit, op. cit*., p. 51.

889 Voy. S. DEKLERCK, « The Principle of Universal Jurisdiction: Belgium's Anti-Atrocity Law », *Peking University International and Comparative Law Review*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 295 et s. ; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Bruxelles - Paris, Bruylant, *L.G.D.J*., 2010, pp. 173 et s.

890 Voy. Fr. DIGNEFFE, « Réflexion sur quelques difficultés du jugement pénal en situation. A propos du procès d'assises des quatre accusés rwandais », *Rev. dr. pén. crim*., 2001, p. 971 ; B. CHAPAUX, « La compétence universelle », *in* L. BONVENT, M.-F. PLISSART (sous la dir. de) *Les ombres du palais*, 1ère ed., Larcier, Bruxelles, 2019, pp. 167-170.

891 Pour une information détaillée sur ces procès, cf. P. MEIRE et D. VANDERMEERSCH (dir.), *Génocide rwandais : le récit de quatre procès devant la Cour d'assises de Bruxelles*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°19, Bruxelles, La Charte, 2011.

892 Cass. (2e ch., F.), 27 mai 2020, P.20.0146.F, *Rev. dr. pén. crim.,* 2020/9, pp. 959-975, note S. DEPREZ.

893 D. VANDERMEERSCH, « Prosecuting international crimes in Belgium », *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 400 et s.; H.-D. BOSLY, « La compétence extraterritoriale relative aux crimes de droit international humanitaire. Evolution du droit belge pendant une décennie », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, *op. cit.*, pp. 1021 et s.

présence de l'accusé sur le territoire pour l'exercice de poursuites. Alors que l'article 12 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit expressément que la poursuite des infractions ne peut avoir lieu que si l'inculpé est trouvé en Belgique, la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire précise que cette disposition « doit être interprétée comme s'appliquant sans considération du lieu où l'auteur présumé du crime peut être trouvé »[895].

2) Des limitations

Afin de renforcer la légitimité de l'intervention du juge belge, certains auteurs ont suggéré d'apporter certaines modifications à la législation existante[896]. Prenant acte des dernières évolutions du droit international (notamment sur la question des immunités) et de l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2002, du Statut de la Cour pénale internationale[897], la loi du 23 avril 2003 modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144*ter* du Code judiciaire, a permis de mettre fin à des plaintes considérées comme « politiquement abusives ».

La réforme a toutefois été jugée insuffisante et une intervention plus radicale est intervenue avec la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire. Peu de modifications sont apportées au plan substantiel. Les infractions de droit international humanitaire, introduites par la loi du 23 avril 2003, sont toujours inscrites aux articles 136*bis* à 136*octies* du Code pénal et leur caractère imprescriptible est maintenu (art. 21, al. 1er du Titre préliminaire du Code de procédure pénale). La règle de l'immunité contenue à l'article 1*bis* du même Code est, quant à elle, renforcée[898].

Le changement le plus profond affecte la procédure. D'un côté, la loi du 5 août 2003 modifie les critères de rattachement territorial. Le principe de personnalité active est appliqué sans restriction tandis qu'une limitation est introduite au principe de personnalité passive: la victime doit, au moment des faits, être de nationalité belge ou résider effectivement en Belgique depuis au moins trois ans. Depuis la loi du 22 mai 2006, le réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence principale est assimilé à la victime de nationalité belge. On est donc passé « d'une compétence universelle étendue dans son sens le plus large à une compétence extra-territoriale sélective »[899]. D'un autre côté, la possibilité de mettre en mouvement l'action publique par une constitution de partie civile est supprimée. Désormais, il revient au procureur fédéral d'engager des poursuites dans les cas et pour les infractions

---

894 Cette question a été soulevée par la République démocratique du Congo devant la Cour internationale de justice suite à un mandat d'arrêt international délivré en Belgique à l'encontre d'un ministre congolais. L'arrêt du 14 février 2002 de la Cour internationale de justice conclut, sur base du droit international coutumier, que « les fonctions d'un ministre des Affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions », Cour internationale de justice, 14 février 2002, arrêt *République démocratique du Congo c. Belgique* et l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Chr. VAN DEN WYNGAERT, *J.T.*, 2002, pp. 282 et s. et les observations de J. D' ASPREMONT LYNDEN et F. DOPAGNE.

895 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, n° 2-1255/1; voy. « Les juges du Parlement », *J.T.*, 2002, p. 572 ; L. DUTROUX, « Loi interprétative et loi rétroactive : quelle différence », *Journal du Juriste*, 2003, n° 19, p. 9.

896 Voy. D. VANDERMEERSCH, « Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge », *Actualité du droit international humanitaire*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 6, *op. cit.*, pp. 147-166.

897 *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 1256/1.

898 P. D'ARGENT, « Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003 », *La compétence universelle*, *op. cit.*, pp. 191 et s.

899 Voy. A. SCHAUS, « Introduction », *La compétence universelle*, *op. cit.*, p. 12. Voy. également les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH sous Cass., 30 mai 2007: « Alors qu'antérieurement, le droit belge consacrait, dans la loi du 16 juin 1993 relative aux crimes de droit international humanitaire, le principe d'une compétence universelle 'à l'état pur' sans aucune exigence de critère de rattachement avec l'Etat du for, la loi du 5 août 1993 (...) traduit la volonté du législateur de se recentrer sur les critères classiques de compétence en exigeant un point de rattachement personnel ou territorial avec l'Etat du for ». En revanche, les poursuites ne sont pas conditionnées à la présence de l'inculpé sur le territoire belge.

désignées par la loi et sa décision ne peut faire l'objet d'aucun recours (art. 16, 2° et 18, 4° de la loi modifiant les articles 6, 10 et 12*bis* de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale). Dans son arrêt du 23 mars 2005, la Cour d'arbitrage a considéré que « le législateur a pu raisonnablement estimer que des limitations à la compétence pénale extraterritoriale relative aux violations graves du droit international humanitaire s'imposaient, et instaurer notamment un critère de rattachement personnel de l'auteur ou de la victime avec le pays. Il a également pu raisonnablement estimer nécessaire de limiter dans certains cas les possibilités de mise en mouvement de l'action publique, en réservant ce pouvoir au procureur fédéral »[900]. En revanche, la Cour annule les dispositions relatives au procureur fédéral – estimant que ce rôle doit être dévolu à un juge indépendant et impartial – et à l'absence de recours (art. 10, 1°*bis*, al. 2 et art. 12*bis*, al. 2 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale).

Si certains estiment que la loi du 5 août 2003 constitue une regrettable régression, d'autres pensent au contraire que « les autorités belges privilégient désormais la modestie et la coopération dans leur promotion du droit international humanitaire »[901]. La compétence universelle pose en définitive la question de savoir jusqu'où doit s'étendre la responsabilité d'un Etat lorsque des violations graves de droit humanitaire ont été commises en dehors de ses frontières et quelle est la place dévolue au juge national dans la répression des crimes de droit international humanitaire. La question se pose avec d'autant plus de pertinence que l'avènement de la Cour pénale internationale, qui interviendra de manière complémentaire et subsidiaire, n'enlèvera pas aux juridictions nationales leur rôle[902] : au contraire, elle n'intervient que de manière complémentaire conformément à l'article 17 du Statut de Rome[903].

Section 6. L'interprétation en droit pénal

§ 1. Le problème de départ

Une question nous sert de fil conducteur : l'interprétation en droit pénal a-t-elle une spécificité par rapport à l'interprétation dans les autres branches du droit ? Existe-t-il un particularisme pénal en matière d'interprétation ?

À cet égard, il faut distinguer deux types de situations interprétatives.

La première concerne l'hypothèse où c'est le législateur qui est l'interprète. En vertu de l'article 84 de la Constitution (« l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi ») et 133 de la Constitution (« l'interprétation des décrets par voie d'autorité n'appartient qu'au décret »), une loi interprétative peut venir préciser le sens d'un article du Code pénal ou d'une loi pénale. Il s'agit ici d'une interprétation « authentique » émanant du législateur, qui vient fixer le sens de la loi pénale. Ce type d'interprétation n'a rien de

---

900 C.A., arrêt 62/2005, 23 mars 2005, *M.B.*, 8 avril 2005 ; voy. N. BENAÏSSA, « La loi de compétence universelle. Commentaire des arrêts rendus les 23 mars et 13 avril 2005 par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2005, pp. 389-391.

901 A. BAILLEUX, « L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse, modestie », *Droit et Société*, 2005, pp. 107 et s.

902 Voy. A. WINANTS et A. DE NAUW, "De complementaire bevoegdheid van het internationaal strafgerechtshof en de Belgische wet op de universele rechtsmacht", *Strafrecht van nu en straks*, sous la direction de A. DE NAUW, Bruges, Die Keure, 2003.

903 ABDOUL AZIZ MBAYE et SAM SASAN SHOAMANESH, *Article 17. Questions relatives à la recevabilité*, in Statut de Rome de la Cour pénale internationale , commentaire article par article, Julian Fernandez, Xavier Pacreau et Muriel Ubeda-Saillard, Paris, Pedone, 2e éd., 2019, p.867 et ss.

particulier en droit pénal par rapport à l'interprétation existant dans d'autres branches du droit.

La deuxième situation concerne le cas de figure plus classique où l'interprétation est le fait des cours et tribunaux. Ici, en théorie, l'interprétation en droit pénal est soumise à des principes particuliers. Dans la pratique néanmoins, les juges adoptent de manière croissante les critères généraux d'interprétation en droit, ce qui tend à atténuer le particularisme de l'interprétation en droit pénal.

§ 2. Les principes de base selon l'article 45 de l'Avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros (1985)[904]

L'article 45 de l'Avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros (1985) reprend divers principes d'interprétation, conformes aux tendances actuelles de l'interprétation en droit pénal. On s'en servira ici comme « guide » pour comprendre le régime de l'interprétation en droit pénal.

Le principe de base, repris à l'article 45 de cet Avant-projet de Code pénal, dispose que « le droit pénal est d'interprétation stricte » et, corollaire immédiat, que « l'extension de la loi par analogie est interdite ».

À ce principe de base, le commissaire Legros ajoute quatre tempéraments :

1. L'interprétation stricte n'est pas synonyme d'interprétation exégétique ou littérale. Elle s'entend par rapport à la « volonté du législateur raisonnablement comprise ».
2. L'interprétation stricte ne concerne que les *dispositions défavorables au prévenu*. Elle ne concerne pas les dispositions favorables au prévenu.
3. Le *doute sur le sens de la loi* ne profite pas nécessairement au prévenu.
4. Les concepts de droit pénal doivent, en principe, être pris dans leur *sens courant*.

A. Le principe de l'interprétation stricte

1. Un principe rigoureux en théorie, malmené en pratique

Le principe de l'interprétation stricte se trouve déjà évoqué en droit romain et dans le droit canon, au motif que le droit pénal est un « droit odieux » qui a pour fonction essentielle d'infliger une souffrance. Ceci justifie d'en limiter strictement l'application aux cas prévus par la loi.

Au XVIIIe siècle, une conception radicale, promue par BECCARIA, estimait que le seul interprète légitime des lois est « le souverain, c'est-à-dire le dépositaire des volontés actuelles de tous »[905]. L'idéal poursuivi était celui d'un droit pénal à ce point clair et précis que l'interprétation judiciaire en devienne superflue[906]. Très rapidement cependant, le réalisme amène à prévoir dans les Codes pénaux classiques du XVIIIe siècle un principe d'interprétation judiciaire. Mais on limite alors ce pouvoir concédé au juge à une

---

904 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, préface de J. GOL, vice-premier ministre et ministre de la Justice, Bruxelles, Moniteur, 1985, 216 p.

905 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979, pp. 52-53.

906 *Ibid.*, p. 56.

interprétation stricte, la plus respectueuse possible du légalisme pénal et des exigences de prévisibilité et de sécurité juridique. Nous avons hérité de cette conception aujourd'hui, dans un droit pénal où les besoins d'interprétation se sont accrus en raison de l'évolution du principe de légalité au sens substantiel et de la multiplication d'incriminations aux contours flous (voir *supra*).

Aujourd'hui, l'interprétation stricte est donc la règle, comme le rappelle la cour d'appel de Gand, « l'interprétation restrictive des dispositions du droit pénal est l'une des caractéristiques et des garanties d'un Etat de droit »[907]. Ce principe, qui découle du principe de légalité, enjoint au juge, en cas de doute sur le sens ou la portée d'un terme utilisé dans la loi, de lui donner le sens le plus « rigoureux » ou celui qui limite le plus le champ d'application de la loi pénale. La nécessité d'interpréter la loi pénale, tant sur les incriminations que sur les peines, ne vaut qu'en cas de doute sur la portée de la loi. A défaut, le juge doit faire sortir à la loi tous ses effets[908]. La Commission de réforme du droit pénal (2016) propose d'inscrire dans le livre Ier du Code pénal que « la loi pénale est d'interprétation stricte » (art. 4)[909].

Dans la pratique, on constate néanmoins que ce principe est régulièrement malmené. Ainsi, un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 29 avril 2002 estime qu'est constitutif de « violences » au sens de l'infraction de vol avec violences, « un bris de vitre concomitant au vol commis dans une voiture », ayant eu pour conséquence que la victime a été « assourdie et tétanisée par le bruit et la projection de verre ». On ne peut pas dire que l'interprétation soit « stricte ». La décision précise d'ailleurs que dans le cas en cause, « la notion de violences ne doit pas s'interpréter de manière restrictive »[910].

De même, il arrive que le principe soit rappelé, pour être aussitôt dépassé : ainsi, dans une décision du 29 avril 1989, le Tribunal correctionnel de Bruxelles rappelle que « les textes pénaux doivent être interprétés de manière restrictive », mais décide néanmoins que « la panique éprouvée par l'homme constitue une blessure au sens des dispositions légales »[911].

2. Le corollaire du principe de l'interprétation restrictive : l'interdiction de l'interprétation analogique

Le corollaire immédiat du principe de l'interprétation stricte est que l'interprétation par analogie est interdite. Ce type d'interprétation consiste à sanctionner pénalement certains faits qui ne sont pas incriminés par la loi pénale, au motif de leur similitude avec des faits érigés en infraction par la loi pénale. Ce type d'interprétation est interdite au motif qu'elle revient, dans le chef du juge, à créer une nouvelle règle de droit pénal, heurtant ainsi à la fois le principe de légalité des délits et des peines et celui de la séparation des pouvoirs.

Selon certains toutefois, l'interprétation par analogie serait autorisée pour les dispositions favorables au prévenu, soit les dispositions qui ont pour effet de limiter le champ d'application de la loi pénale ou d'alléger la répression[912]. La Commission de réforme du

---

907 Gand, 20 mars, 1970, *J.T.*, 1971, p. 497.

908 Cass,. 18 décembre 2013, *Rev. dr. pén*., 2014, p. 555.

909 ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *op. cit*., p. 2.

910 Corr. Bruxelles, 29 avril 2002, *Journ. Proc.*, 2002, n°49, p. 29, note O. BASTYNS.

911 Corr. Bruxelles, 29 avril 1989, *J.T.*, 1989, p. 697.

912 Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, T.I., La loi pénale, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 227.

droit pénal (2016) propose ainsi de préciser, à côté du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, que la loi pénale « ne peut pas s'appliquer par analogie en défaveur de la personne poursuivie » (art. 4)[913].

3. Le problème de l'interprétation évolutive

Si l'interprétation par analogie est interdite, la Cour de Cassation a admis le principe d'une interprétation évolutive[914], laquelle peut prendre deux formes :

1. La première forme consiste à étendre l'application d'une loi pénale ancienne à des faits nouveaux que le législateur était dans l'impossibilité de prévoir à l'époque où il a légiféré. Cette interprétation évolutive est soumise à une double condition[915] :
- il faut que la volonté du législateur d'incriminer le fait nouveau soit certaine (il faut avoir la certitude que le législateur aurait sanctionné ce fait s'il avait pu le prévoir);
- Il faut que le fait nouveau puisse être compris dans la définition légale de l'infraction. A cet égard, la frontière entre l'interprétation évolutive (autorisée) et l'interprétation analogique (interdite) est parfois ténue. Un exemple : l'article 461 du Code pénal réprime la soustraction frauduleuse d'une « chose ». Sur la base de cet article, a été sanctionné le vol de *programmes informatiques*, ce qui revient à considérer qu'un « programme de données informatiques », (les données immatérielles en tant que telles) constitue une « chose », entrant dans la définition légale du vol d'une chose au sens de l'article 461 du Code pénal[916].

2. Le deuxième type d'interprétation évolutive vise à élargir l'application de la loi pénale à des faits connus mais non incriminés à l'époque par le législateur, au motif d'adapter la loi pénale à l'évolution de la conscience sociale. A titre d'exemple, on citera l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987[917], lequel souligne que « si la loi pénale accorde sa protection à l'enfant en train de naître, bien qu'il n'ait pas encore vécu dans la vie extra-utérine, contre tout acte volontaire entraînant sa mort en le considérant comme une personne (art. 396 du Code pénal relatif à l'infanticide), la même protection doit lui être reconnue contre *tout acte involontaire* qui lui cause indirectement ce même mal ».

On le constate, dans les deux cas, la frontière entre interprétation par analogie et interprétation évolutive est ténue et la conclusion est en tous cas que l'on s'éloigne de l'interprétation restrictive.

B. Les tempéraments au principe de la stricte interprétation

Un certain nombre de « tempéraments » (cités par R. LEGROS) semblent également assouplir le caractère rigoureux de l'interprétation stricte.

---

913 ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *op. cit.,* p. 2.

914 *A contrario*, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'une situation « était connue du législateur au moment de la promulgation » de la disposition, elle ne peut être comprise « dans la définition légale de l'infraction » (Cass., 18 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1269).

915 Cass., 25 juin 1956, *Pas.*, I, p. 534; Cass., 21 janvier 1957, *Pas.*, I, p. 584; Cass., 4 mai 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 961; Cass., 11 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 36; Cass., 18 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1269; Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, I, p. 261; Cass., 2 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, n° 2, p. 62.

916 Corr. Bruxelles, 24 juin 1993, *J.L.M.B*, 1994, p. 444. Depuis lors, le faux en informatique (art. 210*bis*) et la fraude informatique (504*quater*) ont été introduits dans le Code pénal.

917 Cet arrêt a déjà été évoqué comme exemple de l'autonomie conceptuelle du droit pénal.

1. L'interprétation stricte ne signifie pas une interprétation exégétique

L'interprétation stricte n'impose pas une interprétation littérale, se limitant au seul texte de la loi. Il s'agit de rechercher la « volonté raisonnable » du législateur, ce qui autorise le recours à divers supports de l'interprétation. Le juge pourra donc avoir recours :
- au texte légal (méthode textuelle) ;
- aux travaux préparatoires (méthode historique) ;
- à l'esprit de la loi (méthode téléologique) ;
- à la cohérence des dispositions légales (méthode systémique).

2. L'interprétation extensive des dispositions pénales favorables au prévenu

Si l'interprétation restrictive est (en principe) la règle pour les dispositions défavorables au prévenu, l'interprétation extensive est parfois (mais pas toujours) reconnue pour les dispositions pénales favorables au prévenu. On trouve à cet égard des décisions en sens divers dans la jurisprudence[918], de laquelle il ressort que, comme le préconisait R. Legros, l'interprétation par analogie est autorisée pour les causes de justification, mais pas pour les causes d'excuse.

3. Le doute sur le sens de la loi ne profite pas nécessairement au prévenu

Ici encore, il existe un écart entre théorie et pratique. En théorie, la doctrine consacre l'adage qui veut que « le doute profite à l'accusé ». Lorsque le sens de la loi pénale est douteux, il faut l'interpréter dans un sens favorable à l'inculpé.

Dans la pratique, la Cour de cassation a estimé que le seul doute profitant nécessairement à l'accusé était le doute portant sur la culpabilité relative au fait matériel dont on l'accusait et non le doute sur le sens de la loi[919], conformément à ce que recommandait R. Legros : « le doute profite à l'accusé et au prévenu, quand il porte sur les faits. En revanche, quand il concerne l'application de la loi, le juge doit rechercher et affirmer le sens qu'il convient d'attribuer au texte ». Néanmoins, si ce doute subsiste après que le juge ait épuisé toutes les ressources de l'interprétation, il profite à l'accusé[920].

4. Le recours au sens usuel des termes

En principe, les juges doivent interpréter les concepts du droit pénal dans leur sens courant et non dans leur sens technique. Comme le langage courant est plus souple, plus évolutif que le langage juridique, ce renvoi au sens usuel des termes favorise l'interprétation extensive de la loi pénale.

---

[918] Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1941 a étendu la présomption de légitime défense de l'article 417, alinéa 3 du Code pénal qui justifie un homicide commis contre l'auteur d'un *vol avec violences contre les personnes* à l'homicide commis en se défendant contre les auteurs d'une *extorsion avec violences contre les personnes* : « le code pénal, tout en constituant l'extorsion en infraction distincte du vol, a néanmoins par l'article 470 assimilé l'auteur d'une extorsion à l'aide de violences ou de menaces à l'auteur d'un vol commis par les mêmes modes ». Par contre, refusant une interprétation extensive de la disposition pénale favorable au prévenu, la Cour de cassation a estimé que la cause d'excuse de provocation ne pouvait être retenue que dans les cas prévus par la loi, parmi lesquels ni le vol, ni la destruction ou la dégradation de propriétés mobilières d'autrui n'étaient compris (Cass., 9 juin 2014, *Pas*., 2004, p. 987).

[919] Cass. 23 décembre 1968, *Pas*., 1969, p. 377

[920] Cass. 22 février 2012, RG P.11.1809. F, *Pas.*, 2012, n°126 : « Le juge ne doit pas, dans tous les cas, interpréter la loi pénale dans un sens favorable à la personne poursuivie; ce n'est que lorsque le juge ne parvient pas à pénétrer l'esprit de la loi, de sorte que celle-ci est douteuse, qu'il doit l'interpréter dans le sens le plus favorable au prévenu ».

§ 3. L'interprétation dans la proposition d'avant-projet de Livre Ier de la commission de réforme du droit pénal

S'inspirant de l'avant-projet du Code pénal commissaire Legros et des commentaires rédigés par la Commission sur cet avant-projet de Code pénal, la Commission de réforme du droit pénal, composée de Damien VANDERMEERSCH et de Joëlle ROZIE a, au sujet de l'interprétation en droit pénal, rédigé l'article suivant dans sa proposition d'avant-projet de Livre I[er] du Code pénal[921] :

> **Article 4. L'interprétation de la loi pénale**.
> La loi pénale est d'interprétation stricte. Elle ne peut pas s'appliquer par analogie en défaveur de la personne poursuivie.

La Commission a précisé que l'interdiction de l'interprétation analogique s'applique aux lois d'incrimination et de pénalité, et de manière générale à toutes les dispositions qui étendent la loi pénale ou aggrave la répression, mais que cette interdiction ne vaut pas pour les dispositions ayant pour effet, au contraire, de limiter le champ d'application de la loi pénale ou d'alléger la répression[922].

La Commission considère également que rien n'empêche le juge de procéder à une interprétation évolutive de la loi pénale et rappelle que la jurisprudence autorise le juge à ne pas se limiter à l'interprétation littérale de la loi, ce dernier pouvant, dans son travail d'interprétation du texte de loi, recourir aux travaux préparatoires, à l'esprit ou le but de la loi (*ratio legis*) ou encore à la cohérence des dispositions[923].

---

921 Il s'agit d'une seconde version (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, La Charte, 2019, p. 2). La première version était rédigée comme suit : « Article 5. L'interprétation de la loi : La loi pénale est d'interprétation stricte. Elle ne s'applique pas par analogie » (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1[er] du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 1).

922 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1[er] du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 43.

923 *Ibid.*, p. 44.

Chapitre III. L'infraction

Section 1. La définition de l'infraction

La notion d'infraction pénale ne fait l'objet d'aucune définition légale en droit belge. L'article 1er du Code pénal fournit des pistes en opérant une distinction tripartite des infractions en fonction de la nature de la peine qui leur est applicable.

Au terme de l'article 1er du Code pénal :
- le crime est l'infraction punie par une peine criminelle ;
- le délit est l'infraction punie par une peine correctionnelle ;
- la contravention est l'infraction punie par une peine de police.

C'est donc la *nature de la peine qui détermine la nature de l'infraction*.

Ce processus de « définition » appelle quatre remarques :

1. Quand on parle d'infraction, il s'agit d'un terme générique qui renvoie à ces différentes réalités juridiques spécifiques que sont le crime, le délit et la contravention. Par contre, les termes « crime », « délit » et « contravention » désignent des catégories d'infractions distinctes, différenciées par la gravité qui leur est attribuée.

2. En droit pénal belge, on connait l'adage *nullum crimen sine poena* (pas de crime sans peine) : l'infraction, pour exister, suppose l'existence d'une peine prévue par la loi. Il n'y a pas de « droit pénal sans peines ». Dès lors, un fait qui fait l'objet d'une sanction non pénale (sanction civile, administrative, disciplinaire, etc.) n'est pas une infraction pénale.

3. *A contrario*, la présence d'une sanction pénale suffit à ériger certains faits en infraction pénale, même si ces faits font conjointement l'objet d'autres types de sanctions (civiles, disciplinaires, administratives ou autres), même si la peine est établie par une loi qui n'est pas spécifiquement pénale, même si la peine est appliquée exceptionnellement par une juridiction non pénale (juridiction militaire).

Ainsi, une infraction peut revêtir une nature mixte, pouvant tantôt être punie d'une sanction administrative, tantôt d'une sanction pénale. Tel est le cas de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales qui prévoit la possibilité pour les communes de sanctionner administrativement certaines infractions du Code pénal (ex : graffitis, tapage nocturne).

Lors de la commission d'une infraction mixte, la répression pénale est prioritaire sur la réponse administrative, de sorte que l'administration communale doit attendre que le parquet prenne attitude quant à d'éventuelles poursuites pénales, avant de pouvoir imposer une amende.

Afin de lutter contre la pandémie de la Covid-19, les autorités ont, à partir du mois de mars 2020, imposé aux citoyens de respecter toute une série de mesures : port d'un masque ou toute autre alternative en tissu dans l'espace ou les transports publics, interdictions d'activités et de rassemblement, interdictions de déplacement, respect des règles de distanciation sociale, etc. Ces mesures trouvent leur base légale dans une série d'arrêtés ministériels pris par le

ministre de la Sécurité et de l'Intérieur (arrêté ministériel portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19), étant régulièrement modifiés. Ces arrêtés sont pris en exécution notamment des articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Les « infractions Covid-19 » sont donc contenues dans ces arrêtés.

Ces infractions sont « mixtes » car elles sont susceptibles d'être sanctionnées soit pénalement soit administrativement.

Au pénal, l'article 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile punit le refus ou la négligence de se conformer aux mesures ordonnées d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et/ou amende de vingt-six à cinq cents euros.

D'un point de vue administratif, l'arrêté royal n°1 du 6 avril 2020 (appelé arrêté royal SAC) a autorisé les communes, pendant la période de crise coronavirus, à prévoir l'infliction d'une amende administrative de 250eur en cas de non-respect de certains comportements. Cet arrêté était applicable entre le 7 avril et le 30 juin 2020[924]. Si en règle générale, c'est le parquet qui a la main, la tendance était ici inversée afin d'éviter de surcharger les tribunaux. La circulaire du Collège des procureurs généraux prise en la matière[925] préconisait en effet de ne pas exercer de poursuites devant les tribunaux, lorsqu'une commune choisissait d'appliquer une amende administrative. La décision de privilégier l'administratif sur le pénal n'empêchait toutefois pas les poursuites devant les tribunaux, notamment en cas de récidive ou si d'autres infractions avaient été commises de manière concomitante (renvoi au cours de procédure pénale).

4. Afin d'éviter certaines confusions, il faut rappeler la distinction entre incrimination pénale et infraction pénale. L'incrimination pénale renvoie au processus de création de la loi pénale ou, selon les termes utilisés par les théories de la réaction sociale, au processus de « criminalisation primaire ». L'infraction pénale, au sens strict, renvoie à l'acte par lequel l'auteur transgresse la loi pénale. L'intérêt de la distinction tient à ce qu'il n'y a pas toujours concordance entre l'incrimination et l'infraction :

a) un fait légalement incriminé *in abstracto* peut ne pas constituer une infraction *in concreto* en raison de circonstances entourant l'acte : l'acte incriminé peut, par exemple, perdre son caractère d'infraction en raison d'une cause de justification (légitime défense), …

b) de même, la nature originaire et la gravité du fait incriminé par la loi peuvent être transformées *in concreto* par la survenance de circonstances particulières qui entourent le fait commis. Ainsi, des circonstances atténuantes ou des causes d'excuse peuvent conduire à transformer la nature de l'infraction (correctionnalisation d'un crime, contraventionnalisation d'un délit) et à modifier, voire supprimer, la peine légale originaire.

---

924 Les pouvoirs spéciaux n'ayant pas prolongés au-delà du 30 juin 2020, le système hybride de répression, pénal et administratif, des infractions Covid a pris de sorte qu'elles ne puevent plus être sanctionnées que pénalement. Pour plus de précisions, voy. D. TATTI, « Des ''(a)normalités'' en temps de COVID-19 : quelles mutations en matière pénale ? Réflexions critiques à propos des normes fédérales et régionales bruxelloises », *Rev. dr. pén. crim*., 2021, pp. 761-789.

925 À savoir, la COL n° 06/2020 relative à la mise en œuvre de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 et à l'application de l'arrêté royal Covid-19 n°1 du 6 avril 2020. Cette « COL » a été adoptée le 25 mars 2020 et a été révisée à plusieurs reprises.

Section 2. La classification des infractions

En droit pénal belge, les infractions sont classées selon la nature de la peine qui leur est appliquée ou selon l'objet de l'infraction.

§ 1. Classification tripartite fondée sur la nature de la peine

A. Le principe et ses enjeux

En droit pénal belge, la classification des infractions est tripartite (crimes, délits, contraventions) et repose sur la nature et l'intensité de la peine. Ces deux facteurs traduisent la gravité que le législateur attribue au fait qu'il incrimine, voire à la personnalité de l'auteur des faits. C'est le sens de l'article 1er du Code pénal de 1867 :

- L'infraction que la loi punit d'une peine criminelle est un crime.
- L'infraction que la loi punit d'une peine correctionnelle est un délit.
- L'infraction que la loi punit d'une peine de police est une contravention.

Cette classification tripartite traduit, dès le Code pénal de 1810, trois enjeux principaux :

1. Un souci de *séparation procédurale* : aux trois types d''nfractions correspond la compétence de trois juridictions différentes (tribunal de police, tribunal correctionnel, cour d'assises). L'extension continue ces dernières années de la liste des crimes « correctionnalisables » vise à réduire fortement l'activité des Cour d'assises, jugée dispendieuse et chronophage.

2. La volonté de marquer une échelle de gravité des infractions à travers le *principe de proportionnalité* des peines à la gravité des infractions :

* les crimes, infractions les plus graves, seront punies des peines criminelles (les plus lourdes),
* les délits seront punis par des peines correctionnelles (peines moins lourdes),
* les contraventions, infractions mineures, seront punies de peines de simple police (peines les plus légères).

3. L'application différenciée des principes généraux du droit pénal. La division tripartite des infractions a de nombreuses conséquences sur l'application des principes généraux (tentative, récidive, participation criminelle,…).

B. Difficultés d'application

L'application de ce principe classificateur, qui lie la nature de l'infraction à la nature et au degré de la peine, pose trois problèmes potentiels :

1. Notre droit pénal connaît un régime de peines flexibles. Pour une infraction donnée, le juge a le choix entre un minimum et un maximum de la peine. Or, il se peut que le minimum et le maximum de la peine prévues appartiennent à des catégories de peines différentes (la peine maximum est une peine correctionnelle et la peine minimum est une peine de police)[926]. Selon

[926] On citera, par exemple, l'article 29, alinéa 3 de l'arrêté royal du 16 mars 1968 portant coordination des lois relatives à la police de la circulation routière (tel que modifié par la loi du 20 juillet 2005) qui dispose que les infractions du deuxième degré sont punies d'une peine d'amende de 20 euros (peine de police) à 250 euros (peine correctionnelle).

une doctrine et une jurisprudence constante, on considère, dans ce cas, que « le caractère de l'infraction est fixé par le *maximum de la peine* susceptible d'être prononcée »[927].

2. La loi pénale peut assortir une infraction d'une peine principale et d'une peine accessoire. Si la peine principale et la peine accessoire appartiennent à des catégories de peine différentes, c'est *la peine principale* qui détermine la nature de l'infraction.

3. La peine fixée *in abstracto* par la loi (peine théorique) ne correspond pas toujours à la peine *in concreto* ou « peine concrète » qui est ou pourra être prononcée par le juge. En raison de circonstances atténuantes ou de causes d'excuses par exemple, le juge peut décider de diminuer la peine concrète en dessous du minimum prévu par la loi. Ce changement peut « dénaturer » l'infraction qui change de catégorie. Le principe est que c'est la *peine concrète*, la peine édictée par le « prononcé judiciaire », qui fixe définitivement la nature de l'infraction.

§ 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction

Il existe deux catégories d'infractions qui constituent, de par leur objet, chaque fois un groupe à part d'infractions. Ce sont les *infractions politiques* et les *infractions de presse*. Les infractions de presse sont vues dans le cadre du cours de Libertés Publiques. Les infractions politiques sont étudiées ci-dessous.

A. Les infractions politiques

1. Fondement et origine du délit politique

Historiquement, la question du délit politique ressortit à une certaine philosophie de l'État et répond à une certaine conception de la liberté. Sous l'Ancien Régime, le principe de la légitimité absolue d'un pouvoir de droit divin excluait la notion de contradiction politique. Dans les monarchies absolues du XVIIIe siècle, gouvernées par des « despotes éclairés », le crime suprême est l'atteinte à la sûreté intérieure ou à la sûreté extérieure de l'Etat, incarné notamment par la personne du monarque. Tout atteinte à l'autorité du Prince est érigée en *crime de lèse-majesté* et puni de mort.

La Révolution Française coupe la tête à la monarchie de droit divin mais pas celle de l'Etat comme incarnation d'un pouvoir souverain. Le « crime d'Etat » est alors transformé en "délit politique", un type d'infraction par ailleurs doté d'un statut particulier, dans la mesure où il ne traduit pas l'immoralité que l'on attache aux autres délits privés. A la fin du XIXe siècle, les criminologues de l'Ecole italienne reconnaîssent également une différence de nature entre le délinquant politique et le délinquant de droit commun[9282]. Destiné à accélérer le changement social, le délit politique est certes un acte anti-social mais, aux yeux des positivistes italiens, il ne traduit pas chez son auteur le caractère régressif associé au crime de droit commun[9293].

La constitution belge (1831) et le Code pénal de 1867 consacrent le délit politique, en lui attribuant un régime répressif « de faveur ». Ceci s'explique en partie par le fait que, parmi les auteurs de la Constitution belge de 1831, nombre d'entre eux ont été impliqués dans les procès politiques de la période hollandaise[9304.] Ils sont donc sensibles à l'idée que ce type

---

927 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit*., p. 319.

928 Voir E. FERRI, *La sociologie criminelle*, *op. cit.*, p. 370 ; A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op.cit.*, p. 89.

929 C. LOMBROSO et H. LASCHI, *Le crime politique et les révolutions*, 2 vol., Paris, Alcan, 1891.

930 V. DE LAVELEYE, "Les procès politiques du régime hollandais", *J.T.*, 1930, pp. 353 et s.

d'infraction ne traduit pas la même « antisocialité » chez son auteur qu'une infraction de droit commun.

Au XXe siècle, le recours aux infractions politiques est progressivement tombé en désuétude[9315]. Les conditions du délit politique sont devenues plus restrictives et le champ d'application de ce délit s'est en conséquence restreint tout au long du XXe siècle, au profit d'incriminations de droit pénal ordinaire ou par le recours aux infractions terroristes. Dans le cas de ces dernières, le but politique de l'infraction - l'intention terroriste - a plutôt l'effet inverse d'accroitre la gravité de l'infraction. En matière d'extradition, le refus d'extrader un resortissant étranger accusé d'un crime à caractère politique commis à l'étranger a également tendance à se réduire, au sein de l'Union Européenne notamment.

2. La répression du délit politique

Traditionnellement, le régime répressif applicable aux délits politiques est considéré comme un régime de faveur. Ce régime spécifique est toujours en vigueur et n'a subi que peu de modifications, mais l'application rarissime des infractions politiques le rend en pratique très peu appliqué.

Parmi ces « privilèges », on retiendra :

- un privilège de juridiction : les crimes et les délits politiques sont, en principe, soumis à la compétence du *jury d'assises* "établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse (à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie" (art. 150 Constitution).
- la peine de la *détention* (art. 7, 10 et 11 du Code pénal) est, en principe, réservée en propre aux *crimes* politiques[93210]; les délits politiques restent quant à eux soumis aux peines du droit commun. Par ailleurs, un régime particulier de réduction de la peine de détention est prévu en cas de circonstances atténuantes accompagnant un crime contre la sûreté extérieure de l'Etat (art. 81 du Code pénal).
- la *détention préventive* n'est pas autorisée pour les auteurs de délit politique (mais elle le reste pour les auteurs de crimes politiques)
- la *mise à disposition du tribunal de l'application des peines* n'est pas applicable aux auteurs d'infractions politiques (art. 34ter, 1° et 2° Code Pénal)
- sur *le plan pénitentiaire*, les condamnés politiques sont, en principe, soumis à un régime distinct.

3. La détermination du délit politique en droit interne

La loi ne définit pas ce qu'est le délit politique. C'est dès lors la Cour de cassation qui a progressivement élaboré les contours du délit politique, définissant ce dernier comme l'infraction « qui dans l'intention de son auteur comme par ses effets porte directement et immédiatement atteinte aux institutions politiques[93316] ». On peut penser ici, par exemple, aux article 118 et 199 du Code Pénal qui incriminent des atteintes aux secrets de la défense nationale ou de la sûreté de l'Etat (si elles sont commises sans but de lucre). Au terme de cette

---

931 CHR. PANIER, "La déliquescence de la notion de délit politique", *Contradictions*, 1977, PP. 3 et S. ; M. MOUCHERON, Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil, *Cultures & Conflits*, 2006, n°61, https://journals.openedition.org/conflits/2038. Aujourd'hui, le délit politique, comme le délit de presse, n'apparait plus dans les statistiques officielles.

932 On la retrouve principalement au Titre 1er (Des crimes et délits contre la sûreté de l'État) du Livre II du Code pénal.

933 Cass., 5 mai 1913, *Pas.*, I, p. 207 ; Cass., 21 novembre 1927, *Pas.*, 1928, I, p. 20; Cass., 13 juin 1951, *Pas.*, I, p. 710; Cass., 25 février, 20 mai et 24 juin 1963, *Pas.*, I, pp. 710, 1003 et 1123 ; Cass. 9 novembre 2003, n°RG P.04/0849.N.

« théorie mixte », le délit politique suppose donc à la fois l'existence d'un critère objectif ou élément matériel spécifique (l'atteinte directe à l'ordre politique) et d'un critère subjectif ou élément moral (l'intention de l'auteur).

a) L'élément matériel

Il faut un acte matériel qui porte *atteinte à l'ordre politique de l'Etat*, soit à l'existence, aux formes d'organisation et aux modes de fonctionnement des institutions politiques ou encore à divers principes qui fondent l'ordre politique de l'Etat (indépendance de la Nation, intégrité du territoire, etc.).

L'acte doit en outre constituer une *atteinte directe* à l'ordre public de l'Etat. Autrement dit, il faut que le préjudice politique soit la conséquence immédiate et exclusive de l'infraction commise. A contrario, l'existence d'un "*facteur intermédiaire*" annihile le caractère politique de l'infraction politique. Cet élément est mobilisé pour refuser le caractère de « délit politique » à des infractions revendiquées comme telles, par exemple en matière d'infraction terroriste :

> « L'infraction politique est celle dont le caractère exclusif est de porter atteinte à la forme politique d'un État déterminé. L'infraction terroriste ne revêt pas ce caractère. En effet, l'atteinte que son auteur cherche à porter au fonctionnement des institutions politiques se réalise de façon *médiate*, par la mise en péril de vies humaines ou d'intérêts économiques quelconques, fussent-ils étrangers aux structures ou aux institutions que l'auteur dit vouloir frapper » et « le préjudice politique requis n'est pas la conséquence directe et immédiate de l'infraction »[934].

b) L'élément moral

L'auteur de l'infraction doit avoir agi dans un but politique, c'est-à-dire dans l'intention de porter directement, immédiatement et exclusivement atteinte aux institutions politiques. L'absence de but politique ou l'existence d'une motivation autre annihile le caractère politique de l'infraction (ainsi, par exemple, de la transmission de secrets de la défense nationale à une puissance étrangère contre rémunération…)

4. Les formes du délit politique en droit interne

On distingue, traditionnellement, trois formes de délit politique : le délit politique pur, le délit politique mixte et le délit connexe à un délit politique.

a) Le délit politique pur

C'est le délit qui, par sa nature, son objet et son effet, porte nécessairement atteinte à l'ordre politique[935]. Ce délit n'est en aucun cas constitutif d'un délit de droit commun. La criminalité de l'acte résulte de la cible visée qui laisse présumer de l'intention politique. On en trouve

---

934 Cass. 27 juin 2007, RG P.07.0333.F, *Pasicrisie*, 2007, n°365. De même, dans une décision du 3 octobre 1995, le tribunal Correctionnel de Bruxelles a estimé que le recours à la violence pour exercer une pression sur les pouvoirs publics n'était pas constitutive d'un "délit politique", parce que ces violences tablaient sur un « facteur intermédiaire ».

935 Cass., 18 novembre 2003, déjà cité : dans ce cas, "il résulte nécessairement de la nature du délit qu'il consiste en une atteinte portée directement à l'existence, à l'organisation ou au fonctionnement des institutions politiques". *Cf.* également Cass., 9 novembre 2004, *J.T.*, 2004, p. 856 ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 789, note M.-F. RIGAUX, "Quand la Cour de cassation arbitre".

divers exemples au Titre 1er (Des crimes et délits contre la sûreté de l'État) du Livre II du Code pénal, pour lesquels la peine de détention est d'ailleurs prévue.

C'est ce type d'infractions qui a le plus de chances d'être retenu comme infraction politique. Mais, même ici, le caractère politique pourra être refusé au motif que l'élément matériel fait défaut[936].

b) Le *délit politique mixte* : est visé ici un délit qui porte atteinte à l'ordre politique au moyen d'une infraction de droit commun. Autrement dit, il s'agit d'une infraction de droit commun susceptible de revêtir un caractère politique dans des circonstances particulières, parce que « son objectif est de créer un préjudice politique et son effet direct de créer un tel préjudice »[937]

Dans ce cas de figure, la caractère politique de l'infraction sera très régulièrement écarté au motif qu'il existe un « facteur intermédiaire » annihilant l'« effet direct » requis[938].

c) Le *délit connexe à un délit politique* : il s'agit d'une infraction de droit commun qui se trouve en liaison étroite avec un délit politique. Pour être retenue comme « politique », cette infraction doit être absorbée par le caractère politique de l'infraction principale. Le critère généralement retenu est la nécessité de ces actes délictueux pour réaliser l'atteinte politique[93934]. L'exemple est celui des actes de pillage qui accompagnent une insurrection. Ici encore, les cas ou l'absoprtion est reconnue sont très rares, sinon inexistants.

5. La notion d'infraction politique en droit extraditionnel

a) La définition du délit politique en droit extraditionnel

L'enjeu posé par la notion de délit politique est ici différent. Si en droit interne, la question est de déterminer les infractions qui peuvent bénéficier d'un régime répressif plus favorable, en droit extraditionnel la question est de savoir pour quelles infractions il peut être dérogé à la règle de la nécessaire collaboration entre les Etats en matière répressive. A quelles conditions accorde-t-on le droit d'asile à un ressortissant étranger poursuivi pour une infraction pénale dans son pays ?

La notion de délit politique est, dans l'ensemble, plus large en droit extraditionnel qu'en droit pénal interne. En effet, l'article 6 de la loi du 1er octobre 1833 sur les extraditions prévoit que l'extradition de l'étranger sera conditionnée par le fait qu'il ne puisse être poursuivi ou puni pour une infraction politique antérieure, ni pour aucun fait connexe à un semblable délit. La définition inclut *a priori* le délit politique pur, le délit politique mixte ainsi que le "fait connexe à un délit politique ».

L'analyse de la pratique judiciaire et administrative en Belgique montre en fait l'absence de "ligne générale dans la définition et l'interprétation" du délit politique en tant qu'il s'oppose à

---

936 Il a ainsi été jugé qu'une action de désobéissance civile dirigée contre une base militaire (infraction politique par nature), en ce qu'elle cherche "essentiellement à impliquer les citoyens dans le processus normatif propre aux démocraties" ne porte pas d'atteinte directe aux institutions politiques et n'est donc pas constitutive de délit politique (Trib. corr. Mons., 23 novembre 2015, J.L.M.B., 2016/39, pp. 1869 et suiv. et commentaire E. VAN BRUSTEM).

937 Cass., 18 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1788.

938 Voyez Cass. 27 juin 2007, arrêt cité plus haut en matière d'infraction terroriste., Voy. aussi Cass., 13 juin 1951, *Pas.*, I, p. 710 (coups et blessures portés par un gréviste lors de la Question royale) et Cass., 9 novembre 2004, P.04.0849.N/10.

939 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 382, nos 2081 et 2082, et les références citées.

l'extradition. Les décisions sont fortement influencées par les circonstances de l'affaire (élément matériel), l'appréciation du but de l'agent (élément moral), par le régime politique de l'Etat requérant[940], mais aussi par la gravité de l'infraction[941].

Toutefois, une décision récente de la Cour de Cassation tend à limiter la portée de la notion de délit politique en droit extraditionnel, jusqu'à la faire coïncider avec la définition restrictive qu'en donne le droit pénal interne[942].

On notera également l'introduction en 1985 d'une « clause de discrimination » qui s'oppose à l'extradition d'individus poursuivis pour des opinions politiques[943 38] et la modification en 2007 de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions qui vise à renforcer la protection des personnes soumises à une extradition au regard des droits fondamentaux[944.]

b) les exceptions au principe de la non-extradition des délinquants politiques

L'exception au principe de la non-extradition est généralement justifiée par la gravité de l'infraction et le caractère "méprisable" de l'acte commis :
- la loi du 22 mars 1856 introduit une « clause d'attentat", selon laquelle ne sera pas réputé délit politique l'attentat (meurtre, assassinat, empoisonnement) contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille) ;
- la non-extradition n'est pas envisageable non plus en cas de crime de génocide (art. 7 Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du génocide), de crime de guerre (Loi du 3 septembre 1952 approuvant les quatre Conventions de Genève du 18 août 1949) et d'infraction terroriste (art. 2 de la Convention européenne du 27 janive 1977 pour la répression du terrorisme).

Dans un arrêt du 15 février 2006, la Cour de cassation a par ailleurs décidé que l'article 6 de la loi du 1er octobre 1833 « ne peut s'appliquer à des faits qui, quel que soit le but que l'auteur ait voulu atteindre et quelle que soit la forme politique de la nation où le fait a été commis, peuvent notamment impliquer des violences graves envers les personnes »[945].

c) l'extradition selon le Mandat d'arrêt européen (MAE)

Entre les pays membres de l'Union européenne, le système du *mandat d'arrêt européen* (MAE) a remplacé la myriade des traités bilatéraux d'extradition antérieurs. Il a été introduit en Belgique par la loi relative au mandat d'arrêt européen du 19 décembre 2003[946].

---

940 C. VAN DEN WIJNGAERT, « La Belgique et l'exception pour délits politiques en matière d'extradition demandée à la Belgique », *Rev. dr. pen. crim*, 1988, p. 265.

941 Si l'extradition peut être refusée en cas d'infraction politique pure et mixte, voire en cas de fait connexe à un délit politique, on remarquera qu'elle est autorisée pour les infractions de terrorisme et les infractions au droit international humanitaire (N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 197). voy. en matière de terrorisme, Cass., 15 février 2006, *Rev. dr. pén. crim*., 2006, p. 795, concl. min. public.

942 Cass., 12 février 2013, *Pas*., 2013, n° 102 N.C., 2013, 320, note de S. Dewulf.

943 Art. 2*bis* de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, introduit par l'article 3 de la loi du 31 juillet 1985.

944 L'article 2*bis* nouveau de la loi du 15 mars 1874, tel que modifié par l'article 4 de la loi du 15 mai 2007 modifiant la loi du 1er octobre 1833 sur les extraditions et la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, interdit l'extradition "s'il existe des risques sérieux que la personne, si elle était extradée, serait soumise dans l'État requérant à un déni flagrant de justice, à des faits de torture ou des traitements inhumains et dégradants". Si l'extradition est requise par un État dans lequel l'infraction est passible de la peine de mort, l'extradition ne pourra être accordée que si l'"État requérant donne des assurances formelles que la peine de mort ne sera pas exécutée".

945 Cass., 15 février 2006, *Rev. dr. pén.crim*., 2006, p. 795, conclusions de M. l'Avocat général D. VANDERMEERSCH.

946 *M.B.*, 22.12.2003. La loi transpose la « décision-cadre » relative au *mandat d'arrêt européen* et aux procédures de remise entre États membres du 13 juin 2002 (2002/584/JAI, *J.O. L 190*, 18.7.2002.

Le refus d'extradition des auteurs de délits politiques y a été supprimé, au motif que l'espace judiciaire européen est défini par des règles de base communes et partagées par les différents États membres. Cependant, l'article 4, 5° de la loi décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen indique que l'exécution du mandat peut être refusée s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il serait porté atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, ce qui inclut les raisons politiques.

B. Les infractions de presse

Voir le cours de libertés publiques.

Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction

La question des conditions d'existence de l'infraction pénale renvoie à celle des éléments constitutifs de l'infraction. De manière générale, une infraction pénale requiert la réunion de trois « éléments constitutifs » [947] que certains appellent « conditions constitutives de l'infraction »[948] : un élément légal (le viol de la loi), un élément matériel (un acte extérieur qui manifeste la volonté délictueuse) et un élément moral (la culpabilité, qui suppose un auteur « responsable » auquel on peut « imputer » l'acte pénal). Les deux premiers éléments sont de nature objective (au sens où ils ne dépendent pas de la responsabilité morale et psychologique de l'agent) alors que le troisième est de nature subjective (en tant justement qu'il renvoie au for interne de l'individu, à sa responsabilité morale).

Ces trois conditions d'existence de l'infraction font l'objet de débats et de controverses importantes, notamment en ce qui concerne l'élément moral[949]. L'enjeu de ces débats n'est pas purement technique : dans la mesure où chacune de ces conditions, autant que l'exigence de leur cumul, constitue une *limite* essentielle à la répression pénale[950], il traduit souvent des visions différentes sur le rôle du droit pénal comme mode de contrôle social. Ainsi, la condition relative à l'élément légal constitue un rempart essentiel contre l'insécurité et l'arbitraire ; l'élément matériel apparaît comme une garantie essentielle de la liberté de pensée et d'opinion, tandis que l'élément moral répond à une exigence fondamentale de justice.

Si la réunion nécessaire de ces trois types de conditions permet de déterminer *positivement* dans quelles circonstances une infraction pénale existe, elle permet aussi, à rebours, de déterminer *négativement* dans quelles circonstances une infraction est susceptible de ne pas se constituer ou exister.

§ 1. L'élément légal

A. Définition

Héritage de la pensée classique, le principe de la légalité des délits et des peines induit que la première condition d'existence de l'infraction soit le viol de la loi. L'infraction suppose la

---

947 A. BRAAS, *Précis de droit pénal, op. cit*., p. 81.

948 A. PRINS, *Science pénale et droit positif, op. cit*., p. 117.

949 Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et psychologiques, op. cit.,* pp. 368-371.

950 Voy. notamment H.L. PACKER, *The limits of criminal sanction*, Stanford, Stanford University press, 1968, en particulier pp. 66 et s.; J. VERHAEGEN, « Le fait qualifié infraction », *op. cit.*, p. 753 ; Fr. TULKENS, « Les impasses du discours de la responsabilité' », *op. cit.*, p. 21; M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines*, *op. cit.*, p. 465.

commission d'un acte « antijuridique »[951] par ailleurs sanctionné d'une peine établie par la loi[952]. Il s'agit ici d'une garantie fondamentale de la liberté individuelle.

B. Causes de justification

Certaines circonstances objectives sont susceptibles de rendre licite un acte illicite et de lui faire perdre son caractère d'infraction pénale. On parle ici de « causes de justification » dont la survenance neutralise l'élément légal de l'infraction[953] : en raison de la cause de justification, le fait infractionnel est « justifié » et n'est plus constitutif d'une infraction[954].

Le Code pénal a admis certaines « causes de justification »[955] qui résultent soit de l'accomplissement d'un devoir (ordre de la loi et commandement de l'autorité), soit de l'exercice d'un droit (légitime défense). La doctrine et la jurisprudence les ont étendues à d'autres situations où le fait infractionnel apparaît comme socialement nécessaire ou, à tout le moins, indifférent (état de nécessité, résistance légitime aux abus de l'autorité, etc.)[956]. Dans la mesure où il s'agit de droit pénal favorable, cet élargissement de la légalité n'est pas problématique[957].

Avant d'examiner les différentes causes de justification, on mettra ici l'accent sur quatre caractéristiques importantes qui les caractérisent :

1. La cause de justification agit *in rem* (« dans la chose ») : elle annihile l'infraction, empêche l'exercice de l'action publique et bénéficie donc à tous les participants de l'infraction (auteurs, co-auteurs, complices). L'infraction n'existe pas. Cependant, la cause de justification n'exclut pas une action en réparation du dommage si une faute civile existe.
2. Si un prévenu invoque une cause de justification « crédible », il appartient au ministère public d'établir l'inexistence de cette cause de justification[958]. La charge de la preuve incombe ici à la partie poursuivante, conformément aux principes régissant la preuve.
3. La cause de justification ne doit pas être confondue avec une cause de non-imputabilité : cette dernière, qui neutralise l'élément moral de l'infraction, est personnelle. Elle rend l'agent qui en bénéficie irresponsable sur le plan pénal (l'erreur ; la contrainte irrésistible…), mais reste sans effets pour les autres participants à l'infraction. Dans la pratique, on constate néanmoins une certaine interchangeabilité entre les causes de justification et les causes de non-imputabilité.

---

951 L. JIMENEZ DE ASUA, « L'antijuridicité », *Rev. int. dr. pén.*, 1951, pp. 273 et s. ; A. DE NAUW, « Is de materiële wederrechtelijkheid een nuttig begrip in het Belgisch strafrecht », *Panopticon*, 1992, pp. 135 et s.; L. DUPONT, « De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf », *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, pp. 127 et s.

952 Voy. notamment F. VERBRUGGEN, "Strafwaardigheid: nooduitgang of deur naar dogmatische verfijning?", *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, *op. cit.*, vol. I, pp. 159 et s.

953 R. MERLE et A. VITU, t. I, 7e éd., *op. cit.*, p. 557.

954 Par opposition, les causes d'excuse et les circonstances atténuantes, qui laissent subsister l'infraction, affectent la peine. Voy. *infra*, Chapitre V. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 3. Les excuses et § 4. Les circonstances atténuantes.

955 L'expression provient de l'intitulé du chapitre VIII du Livre Ier du Code pénal.

956 Néanmoins, pour plus de clarté, l'actuel projet de Livre Ier du Code pénal prévoit une énumération exhaustive des causes de justification dans le texte légal (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « La proposition d'avant-projet de nouveau Livre Ier du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire », *J.T.,* 2017, pp. 129-135, art. 11 du projet. Voy., également, N. COLETTE-BASECQZ, F. VANSILIETTE, « Les cause de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le Livre Ier du Code pénal », *La réforme du Livre Ier du Code pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 57-108.)

957 R. LEGROS, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 1966-1967, pp. 3 et s. Cette situation témoigne de ce que le même auteur appelle le caractère asymétrique du droit pénal.

958 Cass., 27 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1249.

4. La cause de justification ne doit pas être confondue avec une cause d'excuse : la cause d'excuse permet à l'auteur, reconnu coupable d'une infraction bien établie, de bénéficier d'une exemption de peine (excuse absolutoire) ou d'une atténuation de la peine (excuse atténuante).

Nous examinons ici les causes de justification suivantes :
- l'ordre de la loi et le commandement légal de l'autorité ;
- la légitime défense ;
- l'état de nécessité ;
- la résistance légitime aux abus de l'autorité ;
- le problème posé par le consentement de la victime (question controversée).

1. L'ordre de la loi et le commandement légal de l'autorité (art. 70 Code pénal)

Aux termes de l'article 70 du Code pénal, « *Sauf en ce qui concerne les infractions définies dans le livre II, titre I bis*, il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité ».

Deux remarques s'imposent d'emblée :

1. Certaines infractions, particulièrement graves, sont exclues du champ d'application de l'article 70 du Code pénal :
- l'article 70 CP exclut explicitement les violations graves du droit international humanitaire
- l'article 136*octies*, § 2 CP dispose que « le fait que l'accusé ait agi sur ordre de son gouvernement ou d'un supérieur ne l'exempte pas de sa responsabilité si, dans les circonstances données, l'ordre pouvait clairement entraîner la commission d'une des infractions visées aux articles 136*bis*, 136*ter* et 136*quater* ».
- les articles 417*ter* et 417*quater* CP disposent que l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité ne peut justifier ni la torture, ni les traitements inhumains.

2. L'article 70 envisage en fait deux causes de justification distinctes : l'ordre de la loi (a) et le commandement légal de l'autorité (b)

a) L'ordre ou l'autorisation de la loi

Dans ce premier cas de figure, le fait tire sa justification directement de la loi[959]. Trois cas de figure peuvent ici être distingués :

1. Le fait tire sa justification de l'ordre de la loi. La loi ordonne ici le comportement infractionnel aux termes d'une balance entre deux prescrits légaux. Ainsi, l'article 422*bis* CP oblige certains professionnels à violer le secret professionnel lorsqu'il s'agit de porter assistance à personne en danger[960].

---

959 À cet égard, *cf.* notamment Cass., 12 décembre 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 540, où la Cour distingue l'autorisation de la loi de l'autorisation du juge, cette dernière ne pouvant constituer une cause de justification. Dans le cas contraire, le principe de légalité des infractions serait violé.

960 À titre d'illustration, la cour d'appel de Gand a condamné un prêtre qui avait manqué de prévenir les secours et les services de police alors qu'il savait qu'une personne fidèle et amie était sur le point de se suicider. Dans un tel cas, le prêtre aurait dû violer le secret professionnel lié à sa fonction et prendre les mesures nécessaires pour éviter le décès de cette personne (Gand (8e ch.), 22 septembre 2020, *R.W.*, 2020-21, liv. 23, p. 905 ; voy. aussi *Rev. dr. pén. crim*., 2021, pp. 444-446).

2. La loi autorise de manière explicite un comportement en dérogation à un interdit pénal. Commis dans les circonstances prévues par le texte, le comportement en principe « illégal » devient légal. Ainsi en va-t-il, par exemple :
- de l'usage d'armes à feu par les fonctionnaires de police dans les cas prévus à l'article 38 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ;
- de la violation du secret professionnel, que l'article 458 du Code pénal incrimine mais « justifie » lorsqu'il s'agit de témoigner en justice ;
- de l'acte d'euthanasie pratiqué par un médecin dans le respect des conditions fixées par la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

3. L'autorisation de la loi peut être implicite : ainsi les coups et blessures commis à l'occasion de la pratique d'un sport (boxe, football, etc.) ou dans l'exercice de l'art de guérir (intervention chirurgicale). La situation est ici plus complexe, dans la mesure ou la « justification » de l'acte est soumise à condition : il faut que l'acte soit commis dans le respect des règles essentielles du sport en question ou des règles de l'art de guérir, ce dont se déduit alors le consentement de l'intéressé (voir *infra*, consentement de la victime).

b) L'ordre légal de l'autorité

Le fait incriminé est justifié par l'existence d'un ordre de l'autorité conforme à la loi[961]. Il perd donc son caractère d'infraction pénale.

Trois conditions doivent ici être réunies :

- l'acte doit être l'exécution d'un ordre et, par cet acte, l'agent se conforme à l'ordre reçu. On ne peut se prévaloir d'un ordre si l'acte dépasse l'ordre reçu ;
- l'ordre émane d'une autorité légitime, qui agit dans le cadre de ses compétences ;
- l'ordre est « légal », soit conforme à la loi (le policier qui, sur ordre de son supérieur, abat un manifestant, ne sera pas justifié : il obéit à un ordre illégal).

L'appréciation de ces conditions se fait au cas par cas, par le juge de fond. La matière est particulièrement délicate dans des lieux disciplinaires tels que l'armée ou la prison et elle devient critique en temps de guerre. Ainsi, dans le cas de violences exercées sur un détenu par des membres du personnel d'un établissement pénitentiaire, la Cour d'appel de Liège a estimé que :

> « Les trois conditions requises pour qu'il y ait application de ladite disposition pénale sont rencontrées en l'occurrence : leur action musclée a été ordonnée par leur supérieur hiérarchique, le chef de quartier, et rien ne permet de considérer que la violence dont ils ont (...) fait preuve à l'égard du détenu ait dépassé la mesure nécessaire pour accomplir l'acte commandé par l'autorité; cette autorité est légitime, conforme à la hiérarchie de l'établissement pénitentiaire et nul ne conteste que l'ordre était parfaitement dans les compétences dudit chef de quartier; l'ordre d'intervention par la force était non seulement légal, relevant de la compétence de son auteur, mais encore légitime, le comportement du détenu le jour des faits laissant craindre non seulement un risque pour sa propre sécurité, en cas de non-intervention, mais encore pour tout agent pénitentiaire qui aurait été amené plus tard à être confronté au détenu

961 J. VERHAEGEN, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 79.

dans le cadre de ses fonctions, sans compter la sauvegarde du patrimoine public que constitue la cellule dont ledit prévenu avait entrepris le saccage en règle »[962].

En revanche, dans le cadre d'un homicide volontaire commis par des militaires lors d'une intervention au Congo, la Cour de cassation a considéré qu' « aucune disposition légale, aucun principe général du droit ne permet 'd'achever' un blessé au motif qu'il serait 'vraisemblablement atteint mortellement' ; que l'ordre d'achever un blessé pour ce seul motif est, dès lors, manifestement criminel »[963]. En d'autres termes, l'ordre était ici « illégal » et ne justifiait donc pas l'infraction.

La réunion de ces trois conditions est donc nécessaire. Elle a pour but d'éviter de couvrir par l'article 70 du Code pénal, l'exécution d'un ordre illégal ou l'obéissance à une autorité non légitime. Que peut faire l'exécutant s'il est dans l'un de ces deux cas ? Ne pouvant invoquer l'article 70 du Code pénal, il pourra invoquer l'erreur ou la contrainte, si les circonstances (en général, l'urgence) le justifient. Il s'agit alors d'une cause de non imputabilité[964].

Par ailleurs, les articles 152 et 260 du Code pénal font bénéficier les fonctionnaires publics d'une cause d'excuse absolutoire « lorsque l'inculpé justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique ». Ainsi, le fonctionaire de police procédant à une écoute téléphonique illégale sur ordre du procureur du Roi pourrait invoquer cette cause d'excuse[965].

2. La légitime défense

a) Le principe

Cette matière est au croisement de deux questions dont l'articulation est un enjeu fondamental et récurrent en droit pénal. D'un côté, la défense de soi-même et d'autrui « dérive du droit de conservation qui appartient à tout homme » et, à ce titre, elle relève sans doute du droit naturel[966]. D'un autre côté, toute ''histoire de la justice pénale consiste dans un détachement progressif de la justice privée vers la reconnaissance de la justice publique : on ne peut se faire justice à soi-même[967], ou alors uniquement lorsque l'autorité publique ne peut intervenir.

En droit positif, la légitime défense est prévue à l'article 416 du Code pénal (au chapitre Ier du titre VIII du Livre II consacré à l'homicide et aux lésions corporelles volontaires) qui fait de la légitime défense une exception, soumise à diverses conditions, au régime général d'une justice publique. Aux termes de l'article 416 du Code pénal :

« Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ».

---

962 Liège, 18 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 79.

963 Cass., 12 janvier 1983, *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, p. 417.

964 Voy. *infra*, § 3. L'élément moral, A. L'imputabilité morale, 2. Causes de non-imputabilité, b) Causes relatives à l'exercice momentané de ses facultés.

965 Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 105.

966 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2635, p. 409. Voy. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Bâle, 1746, L. 11, ch. I, 3-3: « Le droit de se défendre vient directement et immédiatement du soin même de notre propre conservation, que la nature recommande à chacun...».

967 R. LEGROS, « Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 1966-1967, pp. 527 et s.

Selon le texte de l'article 416 du Code pénal, l'homicide, les coups et les blessures volontaires sont les faits infractionnels qui peuvent être « justifiés » par la légitime défense. Cependant, il est très largement admis, sur base du principe de l'interprétation extensive des dispositions pénales favorables au prévenu, que la légitime défense puisse justifier d'autres infractions, par exemple, la séquestration de l'agresseur ou le vol de son arme[968]. La doctrine[969] plaide d'ailleurs depuis longtemps pour que la légitime défense devienne une cause de justification générale, sortie du chapitre du Code pénal consacré aux homicides et aux coups et blessures volontaires, et incorporée dans le Livre I[er] du Code pénal[970].

Le législateur s'étant abstenu de définir avec précision la légitime défense et ses contours[971], c'est la Cour de cassation qui s'en est chargée. Au terme d'une jurisprudence assez constante, la légitime défense est reconnue « « lorsque, n'ayant pas la possibilité d'écarter une agression grave et actuelle contre sa personne ou celle d'un tiers autrement qu'en commettant l'infraction, l'agent se défend d'une manière proportionnée à cette attaque injuste »[972].

La constatation d'une cause d'une légitime défense est appréciée souverainement par le juge du fond, le contrôle de la Cour de cassation en la matière se bornant à vérifier si, des faits qu'il a constatés, il n'a pas déduit des conséquences qui seraient sans lien avec eux ou qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification[973].

b) Les conditions générales de la légitime défense

La légitime défense requiert la réunion de plusieurs conditions, qui sont classiquement reprises soit comme conditions d'existence du droit à la légitime défense, soit comme conditions liées à l'exercice de ce droit.

Selon la Cour de cassation:

> « La légitime défense trouve sa source dans le principe général tiré du droit de chaque personne d'assurer sa survie ou celle des autres face à une *attaque injuste*.
>
> Lorsque la légitime défense est invoquée pour justifier l'homicide, les blessures ou les coups, le juge statue en fait et, dès lors, de manière souveraine, sur la *gravité* et l'*actualité* de l'attaque injuste ainsi que sur la *nécessité* et la *proportionnalité* de la

---

968 R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1926, p. 279, n° 111, note n° 1 : « en déclarant licite l'homicide et les coups et blessures, qui sont les moyens extrêmes employés pour la défense de soi-même ou d'autrui, la loi permet *a fortiori* d'échapper au danger par des moyens délictueux moins graves ». Par contre, certains estiment que dans ce type de cas (commission d'une autre infraction pour se défendre), c'est la cause de justification de l'état de nécessité qui trouve à s'appliquer (Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 95). On notera également qu'en ce qui concerne la cause d'excuse de provocation, la Cour de cassation a, estimé qu'elle ne pouvait être retenue que dans les cas prévus par la loi parmi lesquels ni le vol ni la destruction ou la dégradation de propriétés mobilières d'autrui ne faisait partie (Cass., 9 juin 2014, *Pas*., 2004, p. 987).

969 Voy., notamment, A. MARCHAL, « De l'état de légitime défense en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim*., 1967, p. 991 ; A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *in Les infractions (vol. 2) : Les infractions contre les personnes,* Bruxelles, Larcier, 2010, p. 369 ; J. DE HERT, « Fysiek interpersoonlijk geweld : een onderzoek naar de accuraatheid en de coherentie van de kwalificaties en instrumenten aangewend als reactie op physiek interpersoonlijk geweld », *R.W*., 2015-16, p. 296.

970 C'est d'ailleurs en ce sens que les auteurs du projet de Code pénal ont travaillé afin de mettre « le texte de la loi en conformité avec son application dans la pratique », J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre I[er] du Code pénal », *op. cit*., p. 65.

971 L'article 15 du projet de Livre I[er] du Code pénal remédie à cette lacune et dispose que « nul ne peut se faire justice à lui-même en commettant une infraction. Il y a toutefois légitime défense et donc absence d'infraction lorsque la personne, n'ayant pas la possibilité d'écarter une agression injustifiée, grave et actuelle contre elle ou la personne d'autrui autrement qu'en commettant l'infraction, se défend de manière proportionnée dans l'intention de repousser cette agression ».

972 Cass., 19 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 361, note.

973 Cass., 20 mai 2020, RG. P.20.219.F, *Rev.dr.pén.crim*., 2020, n°12, p .1146.

> défense sur la base des circonstances de fait et compte tenu des réactions que la personne agressée pouvait ou devait raisonnablement avoir »[974].

De cet arrêt peuvent se déduire les conditions suivantes :

1. L'existence d'une agression injuste, grave, actuelle ou imminente, contre une personne

Pour invoquer le droit à la légitime défense, l'agent doit subir une *agression injuste ou illégale*.

> Ainsi, la cour d'appel de Liège a admis la légitime défense au profit d'un prévenu qui, n'ayant commis aucune infraction, résiste sans violence exagérée à une intervention manifestement illégale des policiers[975].
>
> Par contre, le particulier qui s'oppose à une arrestation opérée par les fonctionnaires de police conformément à la loi se trouve en état de rébellion et non de légitime défense[976].

Une conséquence importante de cette condition est qu'il n'y a, en principe, pas de « légitime défense sur légitime défense ». Autrement dit, si l'agent (par exemple un bijoutier braqué) se trouve en situation de légitime défense, son agresseur originaire (le braqueur) ne pourra invoquer à son tour la légitime défense pour justifier une réaction postérieure : il ne subit pas, à ce stade, une agression injustifiée.

Toutefois, si à une agression injuste de l'agresseur originaire (le braqueur), l'agent (le bijoutier) répond par une riposte disproportionnée, il commet à son tour une agression injustifiée. L'agresseur originaire pourra alors invoquer la légitime défense s'il se défend à son tour de manière proportionnée pour contrer la riposte de l'agent[977].

L'agression subie doit être *grave*. L'agression ou la menace d'agression à l'égard de la personne doit être de nature à mettre gravement en péril l'intégrité physique d'une personne. La Cour d'assises de la Province de Namur a considéré que cette condition n'était pas rencontrée dans le cas d'une injure proférée par la victime à l'encontre de l'accusée compte tenu du « climat habituel de violences plurielles (morales, verbales et physiques) existant au sein du couple »[978].

L'agression doit être *actuelle ou imminente*[979], laissant supposer la nécessité impérieuse de se protéger soi-même ou autrui. Il en découle que la légitime défense ne peut couvrir un acte commis à titre « préventif », contre une agression éventuelle ou lointaine, ni à titre « curatif » ou « vindicatif » pour se venger de l'agression subie[980]. Toutefois, l'état de légitime défense

---

974 Cass., 28 janvier 2014, RG P.12.1776.N, *Pas.*, 2014, n°71.

975 Liège, 22 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1.474. La Cour a constaté qu'il en est ainsi lorsque ces policiers agissent en dehors de toute arrestation administrative ou judiciaire à la requête d'un médecin en vue de convaincre l'intéressé de se rendre à l'hôpital et non à la requête du procureur du Roi en vue de sa mise en observation.

976 Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 96.

977 *Idem*, p. 99.

978 Cass., 8 novembre 2017, P.17.0659.F, *N.C.,* 2018, p. 473, note J. De Herdt.

979 Cass., 26 janvier 1959, *Pas.*, I, p. 526 ; Cass., 18 avril 2007, qui souligne la volonté de « neutraliser l'agresseur présumé ». L'agression éventuelle est exclue (Liège, 13 février 1980, *J.L.*, 1980, p. 161). En revanche, il a été admis que le prévenu puisse s'attendre à une éventuelle agression et s'y prépare (Anvers, 13 septembre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 1397, note T. ONGENA).

980 Conclusions de M. l'Avocat général D. VANDERMEERSCH avant Cass., 19 avril 2006. Ainsi, tirer avec une arme à feu dans le dos de son agresseur qui s'enfuit n'est pas justifiable par la légitme défense, dès lors que l'agression n'est plus actuelle ou imminente. Dans ce cas,

se maintient tant que l'infraction n'a pas pris fin. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que les violences visées par l'article 417, alinéa 3, du Code pénal et contre lesquelles la loi permet de se défendre ne sont pas seulement celles que l'agresseur exerce directement pour commettre le vol mais également celles qui sont employées par ce voleur, surpris en flagrant délit, pour se maintenir en possession des objets volés ou pour prendre la fuite[981]. La légitime défense reste donc applicable, nonobstant la consommation du vol, à l'égard de la défense que l'agressé oppose aux violences déployées par le voleur pour se maintenir dans un état infractionnel.

Enfin, l'agression doit être dirigée contre une *personne,* soi-même ou autrui[982]. Dans son état actuel[983], le droit pénal belge ne reconnaît pas, contrairement au droit pénal français ou néerlandais[984], que la légitime défense puisse s'étendre à la protection des biens (sous réserve des cas prévus aux articles 417 du Code pénal).

2) La nécessité de se défendre ou l'absence d'alternative légale (principe de subsidiarité)

La légitime défense suppose que la riposte soit impérieusement nécessaire. Il faut que l'agent n'ait pas d'autre moyen d'écarter le mal actuel ou imminent qu'en commettant l'infraction[985]. A ce titre, la légitime défense est un état de nécessité[986] et repose sur un principe de subsidiarité : si l'agent a la possibilité d'empêcher l'agression autrement, il doit privilégier ce moyen (s'enfuir, appeler la police, etc.). Cette condition de subsidiarité s'apprécie en fait par le juge de fond, « en tenant compte des réactions que la personne agressée pouvait et devait raisonnablement avoir »[987].

3. Un acte de défense strictement nécessaire et proportionné à l'agression

La réaction de l'agent qui se défend doit être utile et pertinente ou « *strictement nécessaire* »[988]. La riposte doit donc être de nature à écarter le mal où à s'en protéger et rester dans les limites de cet objectif[989].

---

l'agent pourra éventuellement invoquer la force irrésistible ou la cause d'excuse de provocation (Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.,* p. 97).

981 Cass., 6 mars 2019, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, p. 978.

982 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. I, n° 575; J. LARGUIER, « La légitime défense d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 406 et s.; Liège, 26 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1175.

983 Le nouveau projet de Code pénal ne prévoit pas non plus de légitime défense aux biens.

984 L'article 122-5, alinéa 2 du Code pénal français qui dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ». L'article 41 du Code de droit pénal néerlandais prévoit que « n'est passible d'aucune peine quiconque commet un acte commandé par la défense nécessaire de sa personne (« *lijf* ») ou de celle d'autrui, de son honneur (« *eerbaarheid* »)984 et de son bien (« *goed* ») contre une atteinte illicite et actuelle ».

985 Cass. (2e ch.), 19 avril 2006, *Rev. dr. pén. crim*., 2006, p. 932 avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; *Pas*., 2006, I, no 221 et *J.T*., 2006, p. 361.

986 Sur cette question, voy. les conclusions de M. l'Avocat général D. VANDERMEERSCH avant Cass., 19 avril 2006: « La légitime défense constitue un cas particulier de l'état de nécessité : la condition de nécessité inclut ici tant la condition de subsidiarité que celle de proportionnalité ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel ont légalement justifié d'écarter la légitime défense en considérant que le demandeur pouvait s'enfuir en quittant les lieux et qu'il avait ainsi un autre moyen pour se protéger lui-même ainsi que ses passagers que de porter atteinte à l'intégrité physique du défendeur. A l'inverse, la Cour a estimé que n'est donc pas légalement justifié l'arrêt qui admet l'existence de violences graves susceptibles de mettre en danger l'intégrité physique du prévenu mais qui ne constate cependant pas que celui-ci, pour se soustraire à ces violences, n'avait pas d'autre choix possible que de démarrer sa voiture en prenant sciemment le risque d'écraser le pied de son adversaire (Cass., 5 octobre 2016, P.16.0698.F, *Juridat*).

987 Cass., 5 octobre 2016, P.16.0698.F, *Juridat*.

988 Cela implique qu'il ne doit pas y avoir d'autres moyens dommageables. Voy. Cass. (2e ch.), 19 avril 2006, *Rev. dr. pén. crim*., 2006, p. 932 avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; *Pas*., 2006, I, n° 221 et *J.T*., 2006, p. 361.

989 Voy. Liège, 25 avril 2013, 2012/RG/597, *Juridat,* où la Cour a considéré que face à l'attaque dont il était victime, l'auteur des faits, plutôt que d'asséner un coup de poing en plein visage du plus jeune de ses agresseurs… par ailleurs, aurait pu se contenter de repousser physiquement ses agresseurs au lieu de porter directement un coup au niveau du visage de l'un de ceux-ci.

Il faut en outre que la réaction soit *proportionnée* à la gravité de la menace ou de l'agression que l'on veut conjurer[990]. On se défend avec mesure. Il s'agit ici d'une question de fait, dont l'appréciation relève du juge de fond « « compte tenu des réactions que la personne agressée pouvait ou devait raisonnablement avoir »[991]. Par ailleurs, l'exigence de proportionnalité n'implique pas que la défense doive s'exercer à l'aide des mêmes armes que celles dont s'est servi l'agresseur[992].

c) Les présomptions de légitime défense de l'article 417 du Code pénal

L'article 417 du Code pénal institue deux présomptions de légitime défense[993]. La première concerne le cas de *pénétration d'un lieu habité durant la nuit avec escalade ou effraction* d'une part (art. 417, 2° CP). La seconde les cas de *vol ou de pillage, exécutés avec violence envers les personnes* (art. 417, 3° CP). Dans ces deux cas de figure, les conditions de la légitime défense sont présumées réunies dans le chef de la personne qui se défend.

Ceci signifie que le juge n'a pas à rechercher si les conditions générales de la légitime défense prévue à l'article 416 du Code pénal sont réunies[994]. La loi présume qu'elles le sont, ce qui explique que certains auteurs qualifient ces cas de « cas dits privilégiés » de légitime défense[995]. Cette situation n'est pas sans un certain danger, car peuvent se trouver ainsi justifiées des situations où l'exigence de proportionnalité de la défense par rapport à l'attaque fait défaut[996].

Le statut de la présomption n'est pas identique dans les deux cas. Dans le cas prévu à l'article 417, 3° du Code pénal (vol ou pillage avec violences envers les personnes), la présomption est *irréfragable* : elle ne peut en aucune manière être renversée.

Dans le cas prévu à l'article 417 2° du Code pénal (pénétration d'un lieu habité durant la nuit avec escalade ou effraction), la présomption est par contre *réfragable* : elle existe a priori, mais peut être renversée par la partie poursuivante (ministère public, partie civile). Cette dernière doit alors établir, au-delà de toute doute raisonnable, que « l'agent n'a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l'escalade ou l'effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci ». Il a été jugé que tel n'était pas le cas lorsque la personne qui a pénétré dans l'habitation résidait à cette adresse et qu'elle s'était introduite dans les pièces de l'immeuble

990 Cass., 23 janvier 2013, P.12.0415.F, *Juridat*.

991 *Ibidem*.

992 Cass., 16 novembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 60 ; Mons (4e ch.), 19 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1782 : « La proportionnalité de la défense doit être appréciée en tenant compte de la gravité de l'attaque, et ce, indépendamment des moyens utilisés par l'agressé pour se défendre ». De même, il a été jugé que « le fait que l'un des prévenus ait fait usage, pour se défendre, d'un bâton en bois qu'il avait fortuitement à la main alors que l'autre partie n'était pas armée ne signifie pas, pour autant, que la défense était disproportionnée », Cass., 28 janvier 2014, P.12.1776.N, *Pas.*, 2014, n°71.

993 À cet égard, voy. A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *op. cit.*, pp. 397 et s.

994 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2678, p. 415 et les références citées, notamment Cass., 3 mars 1941, *Pas.*, I, p. 61.

995 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 204, n° 241.

996 Voy., notamment, Corr. Termonde, 17 septembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 338, qui a jugé qu'un dépassement éventuel des limites de la défense nécessaire peut être admis comme une conséquence indirecte d'un état d'émotion causé par les expériences traumatisantes provoquées par des faits brutaux du même genre. Le projet de Code pénal entérine cette jurisprudence, pourtant isolée, en créant une nouvelle cause d'excuse atténuante, celle de l'excès de légitime défense qui peut être admise « lorsque la personne réagit de manière disproportionnée ou non nécessaire à une agression illicite, grave et actuelle contre elle ou la personne d'un tiers et que cette réaction a été la conséquence immédiate de l'intense émotion créée par l'agression » (article 34, alinéa 1er du projet).

où l'auteur s'était enfermé à la suite d'une nouvelle mésentente entre partenaires. En d'autres termes, une porte d'une chambre ne peut pas être assimilée à une clôture au sens de la loi[997].

On soulignera encore que l'article 417 du Code pénal vise deux cas de figure où une agression est dirigée contre les biens. La légitime défense est ici toutefois reconnue, car l'agression laisse présumer un attentat ou un danger contre les personnes.

d) L'usage des armes par les fonctionnaires de police

L'article 38 de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992 autorise les fonctionnaires de police à faire usage d'armes à feu contre des personnes en cas de légitime défense (art.38, 1°). Mais la loi justifie aussi un tel usage dans des conditions plus larges que celles requises par la légitime défense (art. 38, 2°, 3° et 4°). Dans ces derniers cas, proches de situations de légitime défense, on peut considérer que la cause de justification repose sur l'autorisation de la loi[998].

3. L'état de nécessité

a) Statut et définition

À la différence des deux causes de justification précédentes, l'état de nécessité n'est consacré comme tel par aucune disposition légale. Cette cause de justification a été élaborée par la doctrine et par la jurisprudence.

Si son existence n'est plus contestée, par contre, le fondement et la nature de l'état de nécessité ont longtemps fait l'objet de deux conceptions différentes. Selon un premier courant, l'état de nécessité était assimilé à la notion légale de contrainte ou de force majeure, prévue à l'article 71 du Code pénal. L'état de nécessité est alors une cause de non imputabilité - on parle aussi de « cause de justification subjective » - personnelle à l'auteur des faits. Si elle annihile l'élément moral de l'infraction pour ce dernier, elle ne profite pas aux autres participants à l'infraction. Selon un second courant, l'état de nécessité, notion autonome, est une cause de justification objective qui neutralise l'élément légal de l'infraction. L'infraction est alors supprimée, ce qui est tout bénéfice tant pour l'auteur des faits que pour ses éventuels coauteurs ou complices.

L'enjeu n'est donc pas que théorique. Dans un arrêt du 13 mai 1987, la Cour de cassation a tranché la question[999]: l'état de nécessité est une cause de justification objective, fondée sur un principe général de droit et autonome par rapport à la contrainte. Il n'y a donc pas lieu ici de se référer à l'article 71 du Code pénal[1000].

De manière générale, l'état de nécessité se définit comme une situation dans laquelle une personne n'a pas raisonnablement d'autre choix que de commettre une infraction pour sauvegarder un intérêt égal ou supérieur à celui que cette infraction sacrifie.

---

997 Cass., 8 novembre 2017, *N.C.*, 2018, p. 473, note J. DE HERDT.

998 D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, 3e éd., Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 102 et s.

999 Voir Cass. (2e ch.), 13 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 588, note A. DE NAUW, *J.T.*, 1988, p. 170 et *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165, note Y. HANNEQUART. En l'espèce, des malfaiteurs avaient déposé plainte pour violation du secret professionnel à l'encontre d'un médecin ayant divulgué le lieu de leur retraite. La Cour de cassation a admis l'argument tiré de l'état de nécessité invoqué par le médecin, au vu du conflit de valeurs qui s'imposait à lui, à savoir son obligation légale au silence, d'une part, et d'autre part, son obligation morale de révéler aux policiers le lieu de retraite de personnes dangereuses pour la société et activement recherchées.

1000 Cass., 5 janvier 2016, P.15.1203.N.

b) Les conditions de l'état de nécessité

L'état de nécessité comme cause de justification requiert l'existence de plusieurs conditions. Selon la Cour de cassation :

> « L'état de nécessite ne peut…être admis comme cause de justification que si la valeur du bien sacrifié est inférieure ou équivalente à celle du bien que l'on prétend sauvegarder, que le droit où l'intérêt à sauvegarder soit en péril imminent et grave, qu'il soit impossible d'éviter le mal autrement que par l'infraction et que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait le péril » (Cass., 4 mars 2014)[1001].

1. La sauvegarde d'un intérêt équivalent ou supérieur à celui sacrifié par l'infraction

La première condition d'admission de l'état de nécessité est que, en commettant l'infraction, l'agent cherche à sauvegarder un intérêt (ou une valeur) considéré comme égal ou supérieur à l'intérêt sacrifié par son acte[1002].

L'état de nécessité suppose donc un conflit de valeurs ou d'intérêts qui place l'agent devant un choix parfois très délicat. La pesée des intérêts en présence, qui relève du juge de fond, sera appréciée dans chaque cas.

La jurisprudence en la matière est abondante et débouche sur des solutions en sens divers.

> En matière d'infractions de roulage, par exemple, l'état de nécessité a été retenu pour un médecin ayant commis un excès de vitesse dans des conditions ne présentant aucun danger pour autrui, au motif qu'il était appelé d'urgence au domicile d'un patient[1003].
>
> Par contre, pour une même infraction, un radiologue ayant invoqué non pas l'urgence mais le fait que « son travail de la journée risquait d'être désorganisé » s'est vu refuser l'état de nécessité[1004].
>
> On retiendra également une décision estimant que le fait qu'un témoin de Jéhovah ait refusé d'accomplir non seulement le service militaire, mais encore le service civil de remplacement, n'était pas constitutif d'un état de nécessité, étant donné que « la sauvegarde de convictions religieuses personnelles ne constitue pas un intérêt plus important que celui qui consiste à respecter les lois qui imposent le service militaire »[1005].

On soulignera également que certaines infractions ne peuvent jamais être justifiées par l'état de nécessité, dans la mesure où l'incrimination vise ici à protéger des valeurs et intérêts que l'on ne saurait mettre en balance avec d'autres. Ainsi, l'article 417*ter* du Code pénal dispose

---

1001 Cass., 4 mars 2014, R.G. n°P.13.1775.N.

1002 Ainsi, il a été jugé qu'une *réquisition illégale de bétail* en temps de guerre était justifiée par l'état de nécessité, car il s'agissait de nourrir une population affamée suite à des bombardements (Trib. De Huy, 19 avril 1917). Comme exemple inverse, on cite le cas de « *La Mignonette* ». En 1884, suite au naufrage de leur navire, les marins tuent un de leurs, malade et condamné ; pour s'en nourrir et survivre. On leur refusera l'état de nécessité (C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 171).

1003 Pol. Soignies, 26 octobre 1972, *J.T.*, 1973, p. 63; Pol. Gand, 4 mai 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 80.

1004 Pol. Charleroi, 27 septembre 1974, *J.T.*, 1974, p. 694.

1005 Cour mil., 13 mai 1981, *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 174 et 24 septembre 1981, *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 172.

que l'état de nécessité ne peut jamais justifier le crime de torture[1006]. De même, l'article 136, *octies*, 1° du Code pénal dispose « qu'aucun intérêt, aucune nécessité de nature politique, militaire ou nationale ne peut justifier les infractions définies aux articles 136*bis*, 136*ter,* 136*quater*, 136 *sexies* et 136*septies*, même si celles-ci sont commises à titre de représailles ». Autrement dit, les crimes de droit international humanitaire ne peuvent jamais être justifiés par l'état de nécessité, même s'ils sont commis en réponse à des crimes tout aussi atroces, sinon plus.

2. Une mise en danger grave, imminente et certaine de l'intérêt à sauvegarder

La deuxième condition d'admission de l'état de nécessité réside en ce que l'intérêt à sauvegarder soit en danger « imminent, grave et certain »[1007]. Cette condition entraine une double conséquence. D'une part, le dommage ne doit pas être déjà produit; d'autre part, la crainte d'un danger plus ou moins éloigné, ou simplement éventuel ne saurait justifier la violation de la loi.

En matière de non-représentation d'enfant (art. 432 C. pén.), la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas retenu l'état de nécessité invoqué par un prévenu pour justifier son refus de ramener ses enfants en Belgique malgré une ordonnance de placement des enfants prise dans l'intérêt de ces derniers. La Cour a estimé que, vu cette ordonnance de placement, « il n'y avait plus péril imminent » pour les enfants[1008].

3. La nécessité de commettre l'infraction (principe de subsidiarité)

L'agent doit être dans l'impossibilité de sauvegarder l'intérêt ou la valeur mis en danger autrement qu'en commettant l'infraction[1009]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'exigence de « nécessité » de l'infraction[1010].

Ainsi, il a été jugé que le conducteur qui a fait l'objet de violences de la part d'un autre et qui prend la fuite en brûlant un feu rouge ne peut invoquer l'état de nécessité, car il aurait pu se soustraire à de nouvelles violences en se retirant et en fermant sa fenêtre[1011].

En revanche, cette nécessité a été admise dans un autre cas où un automobiliste, pour échapper à l'agression d'un individu ayant un comportement intimidant et menaçant, met son véhicule en marche et entre en collision sur la bande de gauche avec un autre conducteur[1012]. Il en va de même de celui qui a fui après avoir causé un accident, dès lors

---

1006 Voy. D. VANDERMEERSCH, « La torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant », *Les infractions*, vol.2, *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 477.

1007 Cass., 28 février 1955, *Pas.*, I, p. 709.

1008 Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, n° 6049, pp. 266 et s.

1009 Bruxelles, 19 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 47 ; Bruxelles, 17 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 127 ; Cass., 13 mai 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 856 ; Corr. Charleroi, 1er juin 1988, *J.T.*, 1988, p. 625 ; Mons, 18 janvier 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 1036 ; Cass., 10 janvier 1995, *Dr. circ.*, 1995, p. 239 ; Cass., 5 avril 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 634 ; Bruxelles, 4 septembre 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1082 ; Bruxelles, 11 mars 1997, *T.A.V.W.*, 1997, p. 221 ; Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, I, p. 245 ; Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 266 ; Cass., 24 janvier 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 385 ; Pol. Gand, 4 mai 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 80 ; Cass., 22 mai 2012.

1010 Bruxelles, 12 janvier 1995, déjà cité.

1011 Bruxelles, 11 mars 1997, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1084. « N'est pas justfié par l'état de nécessité l'infraction commise par un conducteur qui, à l'arrêt et pour échapper aux violences d'un autre conducteur qui le saisit par les cheveux à travers son carrerau latéral ouvert, démarre, brûle un feu rouge et provoque un accident avec un troisième conducteur. L'agresseur s'était écarté et le conducteur aurait pu se soustraire à de nouvelles violences en fermant sa fenêtre, de sorte que le danger d'une (nouvelle) agression n'était plus actuel et imminent ».

1012 Civ. Louvain, 8 janvier 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 748, note A. TERMONIA.

qu'il aurait pu s'immobiliser, fût-ce les quelques instants nécessaires à la communication de ses coordonnées à l'autre automobiliste. Dans ce cas, le tribunal a toutefois décidé d'acquitter le prévenu de l'infraction de délit de fuite puisqu'il résultait des éléments de la cause qu'il se trouvait légitimement dans un état de stress et de préoccupation lié à l'état de son épouse qui allait accoucher, de sorte qu'il n'était pas prouvé qu'il avait l'intention de se soustraire aux constatations utiles[1013].

Dans l'affaire de non-représentation d'enfant évoquée ci-dessus, la cour d'appel de Bruxelles avait dans un premier temps retenu l'état de nécessité dans le chef du père refusant de ramener les enfants chez leur mère suite à une période d'hébergement pendant les vacances, au motif que ce dernier avait pu « vraisemblablement estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder la santé physique et psychologique de ses trois enfants (...) autrement qu'en commettant les faits »[1014].

ll faut également que la sauvegarde de l'intérêt supérieur ne soit pas imposée par la loi[1015] – auquel cas le fait serait justifié par l'ordre de la loi –, mais seulement par une « obligation morale »[1016]. Ainsi pourra-t-on considérer que si un individu pénètre par effraction dans une maison pour y sauver des biens ou arrêter un incendie, il y aura état de nécessité, car aucune obligation légale ne lui impose un tel comportement, tandis que s'il y pénètre pour sauver une vie humaine, il n'y aura plus état de nécessité, étant donné qu'il ne fait que se conformer à l'obligation légale de porter assistance à une personne en danger[1017].

c) Le problème de l'état de nécessité provoqué par la faute de l'agent

Une personne s'étant placée par sa faute dans une situation l'amenant à commettre une infraction pour sauvegarder un intérêt égal ou supérieur peut-elle invoquer l'état de nécessité ?

Trois cas de figure peuvent ici être envisagés :

a) Si l'auteur s'est mis sciemment et sans y être contraint dans un état de nécessité *prévisible*, la cause de justification ne pourra pas être invoquée :

> « Il ne saurait être question d'état de nécessité lorsque l'auteur s'est mis sciemment et sans y être contraint dans une situation débouchant de manière prévisible sur un conflit entre des intérêts » (Cass, 4 mars, 2014)[1018].
>
> « Ainsi, la cour d'appel a-t-elle pu légitimement refuser d'appliquer l'état de nécessité pour justifier une infraction de non-représentation d'enfant en raison de la faute initiale de l'agent : refusant de remettre l'enfant à son père, en raison des angoisses manifestées par l'enfant à la perspective de rencontrer celui-ci, la mère s'est vue refuser l'état de nécessité au motif qu'elle avait contribué à transmettre ces angoisses « sans que celles-ci soient objectivées par des événements réels et non fabulés ». Par

---

1013 Corr. Bruxelles (48ème ch. bis), 26 mars 2019, *CRA*, 2019, liv. 4, p. 27.

1014 Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, n° 6049, pp. 266 et s.

1015 Bruxelles, 19 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 47 ; Bruxelles, 17 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 127.

1016 Cass., 13 mai 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 856.

1017 R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, vol. II, p. 334. Comparer Pol. Soignies, 26 octobre 1972, *J.T.*, 1973, p. 63 qui, d'une manière ambiguë, justifie l'acquittement du prévenu en se fondant à la fois sur l'obligation de venir en aide à une personne en danger et sur le fait « que l'on pourrait évoquer, *en outre*, le cas de nécessité ou de force majeure ».

1018 Cass., 4 mars 2014, P.13.1775.N, *Pas*., 2014, n° 169.

> son comportement, il a été jugé que la mère avait « tendu sciemment à mettre en échec les décisions judiciaires » (Cass., 19 octobre 2005)[1019].

b) Si l'auteur s'est mis sciemment et sans y être contraint dans un état de nécessité, mais sans prévoir que ceci déboucherait sur un conflit d'intérêt l'amenant à commettre une infraction, l'état de nécessité n'est pas exclu.

c) Selon certains[1020], si l'état de nécessité est provoqué par la faute de l'agent mais de manière involontaire (imprudence ou négligence), il n'est pas exclu *a priori* non plus d'en faire bénéficier l'agent.

À l'appui est cité un arrêt de la Cour de Cassation du 13 mai 1987, selon lequel :

> « Lorsque les conditions de l'état de nécessité sont réunies, l'existence, dans le chef de l'agent, d'une faute par laquelle il aurait lui-même créé la situation dont il déduit la nécessité, n'exclut pas, *en principe*, qu'il puisse cependant se prévaloir de cette cause de justification »[1021].

Les termes « n'exclut pas » et « en principe » soulignent bien cependant que l'acceptation de l'état de nécessité dans ce cas est loin d'être automatique.

4. La résistance légitime aux abus de l'autorité

Bien qu'elle ne soit consacrée par aucun texte légal, il résulte d'une jurisprudence ancienne[1022], confirmée par des arrêts plus récents[1023], que la résistance légitime aux abus de l'autorité constitue une cause de justification admise en droit belge[1024].

Cette cause de justification s'apparente en fait à un cas de légitime défense où l'agent est amené à se défendre contre une autorité qui, investie d'un pouvoir légitime de contrainte, commettrait un abus de pouvoir.

Le comportement de l'agent se situe ici à la frontière entre l'infraction de rébellion et la défense légitime contre l'excès de pouvoir.

Cette cause de justification est soumise à des conditions très strictes pour deux raisons. D'une part, elle constitue - au même titre que la légitime défense -, une exception au principe général de droit interdisant de se faire justice à soi-même. D'autre part, l'autorité à laquelle on « résiste » bénéficie d'une présomption de légitimité.

Suivant la jurisprudence, trois conditions doivent dès lors être réunies :
- l'illégalité de l'acte ou l'abus doit être « manifeste » ou « flagrant »[1025],

---

1019 Cass., 19 octobre 2005, RG P.05.0807.F, *Pas*., 2005, n° 519.

1020 Voy. A. DE NAUW, « La consécration jursiprudentielle de l'état de nécessité », note sous Cass., 13 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 606.

1021 Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1061. Un exemple classique est celui du fumeur qui provoquerait un incendie par imprudence et commettrait ensuite une « violation de domicile » pour éteindre celui-ci (Sur ceci, voy. Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.,* p. 93-94).

1022 Cass., 12 décembre 1859, *Pas.*, 1860, I, p. 173.

1023 Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, I, p. 1014 ; Cour mil., 23 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1039. ; Cass. 12 décembre 2012, RG P.12.312.F, *Rev. dr. pén.crim*., 2013, p. 540.

1024 À ce sujet, *cf.* J. VERHAEGEN, *La protection pénale contre les excès du pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969. Sur l'application de cette hypothèse en matière disciplinaire, voy. B. LOMBAERT, « Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *J.T.*, 1998, pp. 265 et s.

- l'acte de l'autorité « nécessite une réaction sans retard »[1026], soit une réaction immédiate pour éviter un mal irréparable,
- l'acte de l'agent n'excède pas « les limites de la résistance nécessaire pour entraver l'exécution de cet acte »[1027], ce qui suppose donc une réaction proportionnée à la nature et aux conséquences de l'acte illégal.

Le tribunal correctionnel de Liège a fait application de cette cause de justification au cas d'un mendiant qui s'était rebellé dans le cadre d'un contrôle de police illégal à son encontre. L'intéressé avait été contrôlé alors qu'il demandait l'aumône, pour la seule raison que les policiers avaient connaissance de ses antécédents. Il s'était rebellé en vociférant et en se débattant, sans porter de coups[1028].

5. Le problème posé par le consentement de la victime

a) Le consentement de la victime ne vaut pas cause de justification

En principe, le consentement de la victime d'une infraction ne constitue jamais une cause de justification, au motif que la victime ne peut disposer elle-même des valeurs ou intérêts protégés par la loi pénale. Les lois pénales sont d'ordre public et les particuliers ne peuvent y déroger par des accords qui viendraient modifier le contenu ou le champ d'application du droit pénal[1029].

Le consentement de la victime a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive et nuancée dans le cadre de pratiques sadomasochistes[1030]. Ces pratiques, sources de coups et blessures volontaires, sont parfois justifiées par leurs auteurs au nom du consentement de la victime et du droit au respect de la vie privée. A cet égard, la Cour de cassation a considéré que :

> « En matière de coups et blessures volontaires, le consentement de la victime n'annule ni le caractère illégal des faits, ni la culpabilité de l'auteur et, dès lors, ne constitue pas une cause de justification »[1031].

1025 Le prévenu qui, n'ayant commis aucune infraction, résiste sans violence exagérée à une intervention manifestement illégale des policiers, peut invoquer la légitime défense. Il en est ainsi lorsque ceux-ci agissent en dehors de toute arrestation administrative ou judiciaire à la requête d'un médecin en vue de convaincre l'intéressé de se rendre à l'hôpital et non du procureur du Roi en vue de sa mise en observation urgente (Cass. 12 décembre 2012, RG P.12.312.F, *Rev. dr. pén.crim*., 2013, p. 540).

1026 Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, I, p. 1014 ; Cour mil., 23 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1039.

1027 Cour mil., 23 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1039.

1028 Corr. Liège (15ème ch.), 3 juillet 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1504 ; N. COLETTE-BASECQZ et. al., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 528.

1029 « Les lois pénales sont d'ordre public : les particuliers ne peuvent y déroger par des accords qui auraient pour objet ou pour effet d'en modifier la portée, d'en restreindre le champ d'application, d'amener quelqu'un à commettre une infraction ou d'exonérer son auteur de la responsabilité pénale » (Cass., 6 septembre 2006, RG P.06.0492.FD, *Pas*., 2006, p.1640). Ainsi, dans le cas d'une infraction constitutive d'une atteinte à l'intégrité physique (mutilation) ou à la vie d'une personne (suicide assisté), le consentement de la victime n'exonère pas l'auteur de sa responsabilité pénale. C'est évidemment différent si l'auteur agit dans des cas et selon des conditions prévues par la loi (frontière entre le suicide assisté et les cas d'euthanasie légale).

1030 Cass., 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 562. À ce sujet, *cf.* G. GENICOT, « Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée », *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 213 et s. Comp.: Gand, 23 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 855 (note A. VANDEPLAS, « Over sadomasochisme » et *A.J.T.*, 1997-1998, p. 260, note P. ARNOU), qui a admis que de tels actes n'étaient pas punissables à la condition qu'il s'agisse de formes légères de violence physique, étant donné que chacun dispose de son intégrité physique dans une mesure limitée et en vue d'atteindre un but raisonnable. Cette dernière position peut être rapprochée de celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, pour apprécier la légitimité de l'ingérence de l'État. Voy. Cour eur. D.H., 19 février 1997, arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*. À cet égard, voy. M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », obs. sous Cour eur. D.H., 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 738 et s. Voy., également, Cour eur. D.H., 17 février 2005, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, § 85.

1031 Cass. 6 décembre 2005, R.G. P.05.0576.N.

Toutefois, et conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[1032], la Cour de cassation a admis que le consentement de la victime pouvait constituer une cause d'excuse, pour autant que les coups et blessures ne portent pas atteinte à la santé de la personne et qu'ils aient reçu le consentement légal de la victime (qui doit donc être majeure)[1033].

b) Le cas de l'intervention médicale et des accidents sportifs : l'autorisation de la loi

Dans certains cas, une infraction commise avec le consentement (ou non) de la victime peut être justifiée sur la base de l'autorisation explicite ou implicite de la loi.

C'est le cas en matière d'intervention médicale : le médecin qui pose des actes assimilables à des coups et blessures volontaires (intervention chirurgicales), avec ou sans le consentement du patient, verra son acte infractionnel justifié s'il agit dans un but thérapeutique et dans le respect des règles de l'art[1034].

En matière d'accidents sportifs, le principe est le même. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'impunité du joueur de football qui blesse un adversaire au cours d'un match repose sur le fait qu'il « respecte les limites des règles mêmes de ce sport »[1035].

c) L'atteinte à un bien dont la « victime » peut disposer librement

Dans les cas où l'infraction consiste dans l'atteinte à un bien dont les particuliers peuvent disposer librement, comme en matière de vol, le consentement de la victime est « exclusif d'infraction ». Dans ce cas, les conditions de l'infraction ne sont pas réunies et on parlera plutôt d'un don ou d'un prêt.

§ 2. L'élément matériel de l'infraction

Toute infraction présente un élément objectif (l'élément matériel) et un élément subjectif (l'élément moral) qui sont, ensemble, les éléments « constitutifs » de l'infraction prévue par la loi.

L'élément matériel, que nous envisageons ici, concerne le comportement extérieur (et ses composantes) qui contribue à réaliser le fait infractionnel. Il renvoie au concept « d'acte pénal » ou *actus reus* tel qu'on le théorise en droit anglo-américain[1036]. Un principe de base est ici que, pour respecter le principe de légalité des incriminations, l'acte ou le comportement interdit doit en principe être décrit de manière suffisamment claire et précise dans tous ses éléments constitutifs (principe de légalité au sens substantiel, voy. *supra*).

1032 Cour eur. D.H., 19 février 1997, arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*. À cet égard, *cf.* M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », obs. sous Cour eur. D.H., 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 738 et s. *Cf.* également Cour eur. D.H., 17 février 2005, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, § 85.

1033 Cass. 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén. crim,* 1999, p. 562.

1034 « Le médecin bénéficie de l'autorisation de la loi pour poser des actes s'analysant comme des coups et blessures volontaires moyennant le respect d'un but thérapeutique, le consentement libre et éclairé du patient, la proportionnalité entre les risques et les résultats et le respect des règles de l'art. La preuve de cette cause de justification n'incombe pas au prévenu lorsque ses allégations ne sont pas dépourvues de crédibilité. Devant de telles allégations, il appartient donc à la partie civile et au ministère public de démontrer que cette cause de justification n'existe pas au regard des critères rappelés » (Bruxelles, 21 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 996.

1035 « S'ils assument les risques du jeu de football, les joueurs ne le font que dans les limites des règles même de ce sport » (Cass. 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 487).

1036 Voy. Fr. TULKENS, *L'actus reus en droit pénal anglo-américain*, Bruxelles, Bruylant, 1976.
L'expression *actus reus* a été introduite par KENNY, *Outlines of criminal law*, 1re éd., Cambridge, The University Press, 1902.

A. L'exigence d'un acte interdit par la loi : un enjeu démocratique

Le droit pénal requiert l'accomplissement d'un acte extérieur (*an overt act*) interdit par la loi. La conséquence en est que la criminalité « intellectuelle » reste impunie, comme la criminalité latente qui resterait « immergée » dans la conscience : « les intentions qui ne se manifestent par aucun acte extérieur n'offrent pas de prise à une accusation humaine », déclarait déjà Th. HOBBES[1037]. Le droit pénal gouverne donc la conduite et non pas la pensée[1038] et cette exigence d'un acte extériorisé traduit l'idée que l'objet propre du droit pénal est de prévenir et sanctionner les dommages causés à la société ou à autrui (*harm to others*)[1039].

On rappellera ici que cette exigence de l'acte pénal se trouve au fondement du droit pénal classique et néoclassique. Pour ces courants de pensée, la justice pénale est réactive ne peut intervenir qu'une fois l'acte pénal commis. Pour les penseurs positivistes, par contre, il n'était pas exclu d'intervenir de manière préventive, avant la commission d'un acte dès lors que l'attitude de l'auteur signale un danger pour la société. L'exigence de l'acte constitue donc une limite à l'emprise du droit pénal et amène certains à considérer qu'« un droit pénal démocratique est un droit pénal de l'acte »[1040], gardien des libertés. A l'inverse, l'introduction dans le droit pénal de la notion criminologique de dangerosité (due aux criminologues positivistes) infléchit le droit pénal vers un droit pénal de l'agent, potentiellement totalitaire[1041].

Les lois de dangerosité sociale fondées sur les caractéristiques de l'auteur (le mineur, le malade mental, le récidiviste, le délinquant sexuel), sont nettement moins articulées autour de cette exigence de l'acte. Leur existence, qui complète le droit pénal de l'acte à ses marges, souligne cette tension entre droit pénal de l'acte et droit pénal de l'agent, droit pénal garant des libertés et droit pénal sécuritaire, au coeur des systèmes pénaux modernes.

De même, les lois pénales qui incriminent un « statut » - être « illégal », homosexuel, vagabond, séropositif - suscitent de sérieuses questions sur un plan démocratique.

B. La nature ou les conditions de l'acte pénal

1. Le principe : un acte prohibé par la loi, réalisant les éléments décrits par l'incrimination

---

1037 Th. HOBBES, *Léviathan*, réédition, Paris, Sirey, 1971, p. 313.

1038 Malgré leur intérêt évident en théorie générale et en sociologie du droit, nous n'entrerons pas dans les multiples analyses de la notion d'acte, de conduite et de comportement que l'on trouve en droit anglais et américain. *Cf.* notamment : J. AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, Londres, Murray, 1873 ; *Salmond on jurisprudence*, 11e éd. par Gl. WILLIAMS, Londres, Sweet and Maxwell, 1957, pp. 399 et s.; H.L.A. HART, "Acts of will and responsibility", H.L.A. HART, *Punishment and the elimination of responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 90 et s. Voy. l'état de la question dans H. MORRIS (éd.), *Freedom and responsibility. Readings in philosophy and law*, Stanford, Stanford University Press, 1969, pp. 105 et s.

1039 J.S. MILL, *On Liberty. Annotated text. Sources and background. Criticism*, éd. par D. SPITZ, New York, W.W. Norton and Company, 1975, p. 11.

1040 Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Eléments juridiques et ciminologiques*, *op. cit*., p. 398.

1041 Fr. TULKENS et Fr. DIGNEFFE, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson – Médecine et Hygiène, 1981, pp. 197-200 ; P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, « Le 'délinquant dangereux' dans les législations nord-américaines », *ibid.*, pp. 207 et s.; J. RICO, « Les législations hispano-américaines de dangerosité sociale », *ibid.*, pp. 231 et s.

L'acte pénal est le comportement interdit par la loi. Pour que l'élément matériel de l'infraction soit considéré comme existant, il faut que l'acte pénal réalise l'ensemble des éléments constitutifs décrits par l'incrimination. C'est la condition de base.

Pour le reste, les « conditions matérielles du délit »[1042] sont de nature diverse : le législateur est libre de « construire » l'incrimination comme il l'entend. Autrement dit, pour chaque incrimination, les éléments constitutifs de l'acte pénal sont fixés selon les critères et les objectifs de la politique criminelle que le législateur entend mettre en œuvre.

On ajoutera ici que l'élément matériel d'une infraction peut être accompagné de *circonstances aggravantes* : ainsi, le « vol » (art. 461 C.P) peut devenir un « vol commis à l'aide d'effraction » (art. 467 C.P), accompagné alors d'une peine légale plus lourde. Dans ce dernier cas, l'élément matériel de l'infraction suppose la réalisation de l' « effraction » et débouche en fait sur une infraction autonome. Par contre, si cette partie de l'élément matériel n'est pas réalisée, l'infraction visée à l'article 467 C.P n'est pas mobilisable et on retombe sur l'infraction originaire (le vol « simple » de l'article 461 CP).

2. Les composantes diverses de l'élément matériel de l'infraction

Les composantes de l'élément matériel de l'infraction (ou des circonstances aggravantes qui l'accompagnent) concernent généralement les éléments suivants :

- le comportement de l'agent : l'art. 468 incrimine le vol *commis avec violences ou menaces*,

- la qualité de l'auteur : la plupart des infractions peuvent être commises par quiconque. Néanmoins, dans certaines d'entre elles, la qualité de l'auteur (le sujet actif de l'infraction), est un élément déterminant de la responsabilité (art. 240 : détournement par un fonctionnaire public ; art. 489 et s.) ou de l'excuse (art. 34 1: recel de criminels par les membres de la famille),

- la qualité de la victime (le sujet passif de l'infraction), peut aussi être un élément constitutif nécessaire à l'existence de l'acte pénal (art. 372 : attentat à la pudeur sur un enfant de moins de 16 ans),

- l'objet, les procédés, les circonstances (de temps, de lieu, etc.) peuvent également faire l'objet, selon les infractions, de précisions particulières (art. 471 : vol avec violences commis *la nuit*),

- le résultat de l'infraction : art. 393 : l'homicide volontaire suppose le décès de la victime. Dans ce cas, se pose nécessairement la question du lien de causalité entre l'acte et le dommage ou « résultat »[1043].

1042 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit positif belge*, *op. cit.*, t. I, n^{os} 281 à 285, pp. 200-202.

1043 Comme le soulignent R. VERSTRAETEN et L. DUPONT, il n'y a pas de conception pénale propre de la causalité (*Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, n° 304, p. 191). Voy. aussi H. BOCKEN, "Het causaal verband tussen misdrijf en schade", *Actuele problemen van strafrecht*, Malines, Kluwer, 1988, pp. 439 et s. et Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 277 et s. En droit civil prévaut la théorie de l'équivalence des conditions aux termes de laquelle le lien causal est établi si, en l'absence de la faute, le dommage ne s'était pas produit tel qu'il s'est produit ; *conditio sine qua non – without which, but for cause* (voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, 1962, t. II, n^{os} 2333 à 2381 ; Cass., 26 février 1981, *Pas.*, I, p. 708). Cette théorie est, bien sûr, nuancée, modérée, concrétisée surtout, notamment par le développement de l'idée du pouvoir causal de la faute considérée dans sa réalité à l'égard du dommage (Cass., 8 septembre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 2033 ; R.O. DALCQ et Fr. GLANSDORFF, "Examen de jurisprudence (1973 à 1979). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle", *R.C.J.B.*, 1981, ch. VII. Le lien de causalité, n^{os} 94 à 109, pp. 106 à 122 ; R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980-1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 625 et s.). Son application en droit pénal est discutée dans la mesure où

L'enjeu de cet examen « clinique » du texte pénal réside en ceci : le défaut ou l'absence des éléments retenus par la loi empêche radicalement l'infraction de se constituer. Ceci n'empêche pas, si une composante de l'élément matériel décrit par le texte fait défaut, de retomber éventuellement sur une autre incrimination dont les éléments matériels seraient réalisés par l'acte (cf. l'exemple ci-dessus du « vol avec effraction » qui redevient un « vol simple »).

3. Les formes de l'acte pénal : acte positif versus acte négatif

a) L'enjeu de la distinction : entre liberté et solidarité

On aborde ici la distinction entre les infractions d'action (ou de commission) et les infractions d'inaction (ou par omission). L'enjeu n'est pas tant de savoir ce qui distingue, sur le plan pénal, un acte positif (l'accomplissement d'un acte prohibé par la loi) d'un acte négatif (l'abstention coupable ou le fait de ne pas accomplir un acte prescrit par la loi). Il est plutôt de savoir si une distinction doit être établie entre les actions et les omissions en termes de responsabilité pénale[1044].

Sur le plan des principes, l'omission en droit pénal est un lieu de conflit dialectique entre liberté et solidarité, individu et société. D'un côté, incriminer l'abstention d'agir rétrécit les chemins de la liberté. Ceci explique, qu'historiquement, le droit pénal est dominé par une approche individualiste qui se montre prudente quant à l'incrimination d'omissions d'agir. Ainsi, les rédacteurs du Code pénal français de 1791 n'avaient pas cru possible d'imposer aux citoyens l'accomplissement de devoirs civiques ou moraux, sous la menace d'une sanction pénale[1045]. Mais d'un autre côté, les exigences de la solidarité peuvent amener à incriminer l'abstention d'agir lorsque cette inaction est préjudiciable à autrui[1046].

Aussi, au fil du temps, avec le développement du projet solidariste de l'Etat social, les textes incriminant des abstentions d'agir vont-ils se développer. Ces incriminations traduisent la reconnaissance d'une certaine forme de responsabilité sociale, pour protéger des personnes particulièrement vulnérables ou pour empêcher la survenance de certains risques. Des incriminations comme le non paiement d'une pension alimentaire (art. 391*bis*) ou la non assistance à personne en danger (art. 422) illustrent bien ce devoir de solidarité sanctionné par la loi pénale.

b) Infractions d'action versus infractions d'omission

Dans la majorité des infractions du Code pénal et des lois particulières, le comportement interdit par la loi est un acte positif. Ce sont les infractions d'action ou de commission.

Toutefois, dans un certain nombre de cas, le comportement sanctionné par la loi est un acte négatif, soit le défaut d'accomplir un acte prescrit par la loi. Ce sont les infractions d'inaction ou d'omission, qui résultent donc d'une abstention d'agir contraire à un ordre de la loi qui

---

d'aucuns préféreraient que soit confirmée l'exigence de la causalité adéquate : pour que l'existence du rapport causal soit reconnue, il faut non seulement établir que sans le comportement le dommage ne se serait pas réalisé, mais également que l'acte était normalement de nature à provoquer le résultat (J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », *J.T.*, 1979, pp. 349 et s.). Tout en reconnaissant les difficultés d'application pratique de ce critère, la Commission pour la révision du Code pénal estime que c'est le seul compatible avec l'exigence de la prévisibilité du dommage : "Ce n'est que lorsque l'acte est normalement de nature à provoquer le dommage que celui-ci est prévisible (*Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, pp. 60-61).

1044 A. ASHWORTH, "The scope of criminal liability for omissions", *Law Quarterly Review*, 1989, p. 105.

1045 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, A. VITU, *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1982, pp. 1457 et s., n° 1797.

1046 J. VERHAEGEN, « Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, pp. 558 et s.

impose ici un devoir d'agir. Ainsi, en matière de non-représentation d'enfants (art. 431-432 CP), a-t- il été jugé qu'il existe une « obligation positive » dans le chef du parent qui a la garde d'user de son influence auprès de l'enfant pour faire respecter le droit de visite :

> « L'abstention de faire valoir son autorité afin de vaincre la résistance qu'un enfant exerce contre le droit de visite… engendre en principe le délit visé à l'article 369*bis* CP »[1047]

L'infraction par omission est parfois explicitement prévue par la loi. C'est le cas, par exemple, dans les exemples cités ci-dessus ou en matière d'infractions du droit pénal humanitaire prévues aux articles 136*quater* du Code pénal, lequel incrimine les crimes de guerre commis, par action ou par *omission*[1048].

c) Un cas difficile : l'infraction de commission par omission

Est envisagé ici l'imputation d'une infraction qui suppose en principe un acte positif à une personne s'abstenant d'agir, au motif que l'abstention d'agir s'assimile dans le cas en cause à un acte positif.

> Ainsi, par exemple, des gardiens de camps de concentration ont-ils été reconnus coupables d'homicide et de lésions corporelles volontaires - une infraction qui suppose en principe un « acte positif » - pour avoir toléré, sans intervenir, des actes de brutalité commis par leurs préposés, dans la mesure où ils ont violé, de manière consciente et volontaire, des obligations positives contractées par le fait même des fonctions qu'ils exerçaient[1049].

Dans ce type de cas, l'abstention d'agir, bien qu'elle ne soit pas incriminée, est assimilée à un acte positif parce que l'on estime que la personne avait un « devoir d'agir ». La doctrine comme la jurisprudence sont assez réticentes[1050], notamment parce que cette « assimilation » peut constituer une entorse tant au principe de légalité qu'au principe interdisant l'interprétation par analogie[1051]. En outre, le lien de causalité entre l'omission d'agir et la réalisation du dommage ne peut pas toujours être démontré avec précision[1052].

Constituent par exemple des infractions de commission par omission : l'abstention de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave (art. 422*bis* CP) ou à un crime de droit humanitaire (art. 136*septies*, 5° CP), le déni de justice (art. 258 CP), l'abandon d'enfant (art. 424 CP) ou de famille (art. 391*bis* CP).

On notera que cette question se pose également en matière de participation criminelle (participation par omission, voir *infra*).

1047 Gand, 30 juin 1998 (l'article 369*bis* a été remplacé par les articles 431-432 CP).

1048 De même, l'article 136*septies*, 5°, lequel punit de la peine prévue pour l'infraction consommée « l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une telle infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin ».

1049 *Cf.* J. VANDERVEEREN, « Le délit d'omission », *Rev. dr. pén. crim.*, 1949-1950, pp. 750-752 et les jugements et arrêts cités ; P. SPEYER, « Les crimes de guerre par omission », *Rev. dr. pén. crim.*, 1949-1950, pp. 935 et s.

1050 P. FORIERS, « Les délits dits d'omission », *Rev. dr. pén. crim.*, 1951-1952, pp. 500 et s.

1051 Cass., 6 mai 1901, *Pas.*, I, p. 22. Voy. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7e éd., t. 1er, *op. cit.*, p. 612 : « Lorsque la loi pénale en décrivant l'élément matériel d'une infraction incrimine des faits positifs, gestes, paroles, écrits, on ne peut, sans violer la règle *nullum crimen sine lege*, étendre l'incrimination à de simples abstentions ».

1052 J. HALL, *General principles of criminal law*, 2e éd., Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1960, pp. 199 et s.; A. LEAVENS, "A causation approach to omissions", *Cal. L.R.*, 1988, p. 549.

d) L'infraction de mise en danger

Est incriminé ici un acte pénal qui met en danger autrui. Ce délit de risque causé à autrui, en l'absence de tout résultat dommageable, existe en droit français, en matière de délinquance routière (conduire à contresens sur l'autoroute) et d'accidents du travail[1053].

En Belgique, il émerge également via la problématique des relations sexuelles nouées par des personnes séropositives et, dans le cadre de la pandémie de la Covid-19, via le comportement consistant à « cracher » sur d'autres personnes ou dans un lieu public. Ces deux comportements peuvent contribuer à la propagation du virus, dans le premier cas, le virus du VIH (virus de l'immunodéficience humaine), dans le second, le virus du SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*). Rappelons que le virus est à distinguer de la maladie ; celle-ci étant dans le premier cas, la maladie du SIDA (syndrome d'immunodéficience acquise) et dans le second la maladie « Covid-19 » (découlant de l'acronyme anglais : *COronaVIrus Disease 2019*, en référence à l'année d'apparition de cette maladie chez l'être humain)[1054].

Si l'individu n'est pas infecté par le virus, il se dégage de la jurisprudence que c'est l'article 328*bis* du Code pénal qui est retenu pour qualifier ce comportement. Cette disposition a été introduite dans le Code pénal par une loi du 4 avril 2003, adoptée dans le contexte des attentats du 11 septembre 2001, à la suite desquels des enveloppes contenant de la poudre blanche inoffensive (comme du sucre en poudre) étaient envoyées, afin de faire croire à un attentat à l'anthrax (bacille du charbon). Le législateur a cependant rédigé cette disposition de façon très large, si bien qu'elle peut trouver à s'appliquer dans d'autres circonstances que le contexte envisagé à l'époque. Source ?

L'individu qui se sait contaminé par le virus et qui en infecte volontairement un autre, ou tente de le faire, peut, lui, être poursuivi sur la base de l'article 402 du Code pénal. La Cour de cassation a déclaré dans son « arrêt VIH » du 24 avril 2019[1055] que c'est le virus, et non la maladie, que l'on peut administrer, le virus pouvant ensuite conduire au développement de la maladie.

C. La réalisation de l'acte

On envisage ici une classification des infractions selon leur mode de réalisation matérielle dans le temps ou dans l'espace. Ces catégories servent de point d'appui à un ensemble de règles de droit pénal général et de procédure pénale que nous indiquerons brièvement. Sur la base de ce critère, on peut distinguer quatre catégories d'infractions :

- les infractions instantanées,

1053 Fr. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, « Présentation des dispositions du nouveau Code pénal », *J.C.P.,* 1992, I, p. 19, n° 140. Voy. aussi P. COUVRAT, « Livre II. Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 478-479.

1054 Voy. à cet égard : A. DELANNAY, « La qualification pénale de la transmission consciente du VIH au cours de relations sexuelles 'consenties' », note sous Cass., 24 avril 2019, P.19.0018.F, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, pp. 1266 – 1287 ; A. DELANNAY, « Transmission volontaire et menace de transmission du coronavirus SARS-CoV-2 : Les ressources et les limites du droit pénal commun », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, pp. 781 – 831 ; voy. aussi la jurisprudence « crachat » publiée dans le *J.T.* : Cass. (2ème ch. N), 9 juin 2020 (P.20.0598.N), *J.T.*, 2020, p. 489 ; Corr. Liège (div. Huy), 28 mai 2020, *J.T.*, 2020, p. 491 ; Corr. Namur (div. Namur), 28 mai 2020, *J.T.*, 2020, p. 492. Dans certains cas, le crachat est, en outre, qualifié d'outrage s'il est par exemple dirigé à l'encontre de policiers, cfr. Corr. Nivelles, 15 mars 2021, n° 2021/332, *inédit.*

1055 Cass., 24 avril 2019, P.19.0018.F, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, p. 1263. Voy. également la note qui accompagne cette jurisprudence rédigée par Axel Delannay, « La qualification pénale de la transmission consciente du VIH au cours de relations sexuelles 'consenties' »,, *op. cit*., pp. 1266 – 1287.

- les infractions continues,
- les infractions collectives,
- les infractions d'habitude.

1. L'infraction instantanée

Une infraction instantanée est celle qui se réalise entièrement par l'accomplissement de l'acte défendu (ou l'omission de l'acte prescrit) dans l'instant. En d'autres termes, « est instantanée l'infraction qui, telle qu'elle est définie par la loi, s'accomplit à un moment déterminé par un fait unique »[1056]. Le vol simple (art. 461 CP), par exemple, est consommé par « la soustraction frauduleuse d'une chose ».

L'infraction instantanée est la règle : la plupart des infractions du Code pénal et des lois particulières sont des infractions instantanées (homicide, viol, etc.). Ce type d'infraction n'est par ailleurs pas incompatible avec l'existence d'un certain délai pour sa réalisation (ex : le refus d'insérer un droit de réponse : cette infraction, consacrée par l'article 5 de la loi du 23 juin 1960, est consommée par l'écoulement du délai d'insertion du droit de réponse)[1057].

2. L'infraction continue

L'infraction *continue* consiste en une activité délictueuse, un « état de fait »[1058] qui se maintient dans le temps. La loi incrimine non pas un acte isolé mais la persistance ou le maintien d'une situation illégale (qu'il s'agisse d'un acte positif ou d'une abstention coupable). L'infraction continue se réalise donc *dans et par la durée*. A titre d'exemple, on citera la détention illégale et arbitraire par un fonctionnaire (art. 147 CP), l'appartenance à une *organisation* criminelle (art. 324*bis*) ; l'abandon d'enfant dans le besoin (art. 360*bis*), la détention de stupéfiants (loi du 24 février 1921)[1059], …

La détermination du caractère instantané ou continu de l'infraction est en principe à lire dans le texte légal lui-même qui indique l'intention du législateur[1060]. Toutefois, la distinction n'est pas toujours aisée à établir et la jurisprudence est alors amenée à préciser le statut de l'infraction[1061].

1056 Cass., 25 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1302. Ainsi, a-t-il été jugé que le délit de non-assistance à personne en danger sanctionné à l'article 422*bis* du Code pénal est une infraction instantanée et que l'existence d'un péril sérieux, constant, réel et actuel, doit s'apprécier au moment de l'abstention d'agir. En l'espèce, il a été jugé qu'à la date de la consultation, le psychiatre poursuivi du chef de non-assistance à personne en danger pouvait, sur la base de ses connaissances médicales spécialisées et de son expérience, considérer qu'à ce moment, ce péril n'existait pas (Gand (mis. acc.), 28 juin 2012, *Bull. ass.*, 2012, p. 525).

1057 De même, « il importe peu que les conséquences de l'infraction perdurent après sa commission (l'infraction d'organisation d'insolvabilité (art. 490 C.P) est un délit instantané même si l'insolvabilité se prolonge dans le temps ou, au contraire, si l'auteur met fin à son insolvabilité » (Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Elements de droit pénal, op. cit.*, p. 69).

1058 R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 207.

1059 Cass., 28 novembre 2001, *J.T.,* 2002, p. 385 : « pareille détention constitue une infraction qui se perpétue jusqu'à ce qu'un fait contraire ou toute autre circonstance atteste qu'elle a cessé de se commettre ».

1060 Cass., 2 septembre 1981, *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 81 ; Cass., 19 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 338 ; Cass., 25 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1302. La question a cependant été posée de savoir si les caractéristiques techniques propres au mode concret de réalisation matérielle de l'infraction n'obligent pas, dans certains cas, à s'écarter de ce principe. Ainsi a-t-il été jugé qu'un délit de presse (considéré en principe comme instantané), lorsqu'il est commis sur Internet, doit être considéré comme un délit continu, tant que le texte litigieux reste aisément accessible à toute personne naviguant sur le net à la recherche d'informations sur un sujet donné (Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 113). Dans le même sens, en France, *cf.* Paris, 15 décembre 1998, *Expertises*, 2000, n° 235, p. 77. La conséquence en serait qu'« en cas de simple publication sur l'internet, le délit est imprescriptible tant que l'information est en ligne » (E. WERY, obs. sous Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 117). La Cour de cassation française semble cependant avoir condamné cette interprétation (*ibid.*).

1061 On notera également qu'une même disposition peut incriminer une infraction instantanée et une infraction continue (ex : l'article 434 CP incrimine l'arrestation arbitraire (infraction instantanée) et la détention arbitraire (infraction continue). (Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Elements de droit pénal, op. cit.*, p. 69).

L'importance de la distinction entre ces deux types d'infractions se retrouve, notamment, dans la question de l'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace[1062] ou quant à portée de la règle *non bis in idem*[1063]. En procédure pénale, le point de départ de la prescription dépend évidemment de la qualification, instantanée ou continue, de l'infraction[1064].

3. L'infraction d'habitude

L'infraction d'habitude se caractérise par l'incrimination de plusieurs actes de nature semblable qui, pris isolément, ne seraient pas punissables. La loi incrimine ici la répétition de ces actes dans la mesure où celle-ci manifeste une « disposition acquise »[1065] ou une « habitude ».

La tenue d'une maison de débauche[1066], l'exercice illégal de l'art de guérir (art. 38, § 1er, 1° de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir, modifié par la loi du 6 avril 1995)[1067] sont des délits d'habitude.

La loi ne précise pas quand il y a délit d'habitude. Le juge du fond apprécie, dès lors, souverainement en fait les éléments, quantitatifs ou qualitatifs, qui déterminent l'habitude[1068], sous réserve du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation[1069].

L'effet de cette distinction se retrouve en ce qui concerne l'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace[1070] ainsi que la prescription de l'action publique[1071].

4. L'infraction collective (et le concours idéal d'infraction, art. 65 du Code pénal)

À la différence de l'infraction simple (acte ou comportement illégal qui ne débouche que sur une seule infraction), l'infraction collective vise la situation ou plusieurs infractions sont réalisées mais « s'agglomèrent »[1072]pour constituer un fait pénal unique.

1062 *Cf. supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit des lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales, *in fine* et § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité, 2. La localisation de l'infraction.

1063 Bruxelles, 18 décembre 1991, *Journ. proc.*, 1992, n° 210, p. 26, note R. MENSCHAERT.

1064 L'exécution de constructions illégales est une infraction instantanée dont la prescription commence à courir à partir de l'exécution des travaux (Anvers, 4 novembre 1987, *R.W.*, 1988-1989, p. 541, note D. MERCKX, "Over enkele aspecten van de uitoefening van de strafvordering inzake stedebouwkundige misdrijven"). En cas d'infraction continue, la prescription commence à courir au moment où la situation délictueuse prend fin (Cass., 14 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 191 ; Cass., 5 avril 2006, P.06.0098.F., *Juridat*). À l'égard de l'administrateur délégué de la société, le point de départ de la prescription de l'action publique relative à l'infraction continue que constitue l'exploitation illicite d'une décharge de déchets est le moment où cesse son mandat parce qu'il perd à ce moment toute maîtrise, tant en droit qu'en fait, sur la situation infractionnelle (Liège, 15 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 973 et note A. LEBRUN et A. CHARLIER, « Le caractère personnel de la prescription pénale. Application au cas de l'enfouissement illicite de déchets »).

1065 Cass., 14 janvier 1963, *Pas.*, I, p. 555.

1066 Cass., 24 février 1976, *R.W.*, 1975-1976, col. 2625.

1067 Cass., 15 mai 1984, *Pas.*, I, p. 1120.

1068 Cass., 10 janvier 1949, *Pas.*, I, p. 17.

1069 Cass., 11 septembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 1247.

1070 *Cf. supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit de lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales, *in fine* et § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité, 2. La localisation de l'infraction.

1071 Elle commence à courir à partir du dernier acte (Cass., 17 novembre 1941, *Pas.*, I, p. 431).

1072 E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2210, p. 349. L'infraction collective du droit belge est distincte de l'infraction collective du droit français qui vise l'infraction commise collectivement par une pluralité d'agents (voy. Ch. DUPEYRON, "L'infraction collective", *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 357 et s.). Cette hypothèse est celle des infractions *connexes* visées par l'article 227 du Code d'instruction criminelle: "Les délits sont connexes soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert

À cet égard, on distinguera deux cas de figure, envisagés à l'article 65 du Code pénal qui régit le « concours d'infraction » :
- soit un ensemble d'infractions répétées ou successives, non encore jugées, constituent un « fait pénal » unique, parce qu'elles procèdent d'un même but, d'un même projet[1073]. Ces infractions sont reliées par une « unité d'intention » et constituent ce que certains appelent aussi une *infraction continuée*[1074]. Elles peuvent être de même nature (plusieurs coups pendant une bagarre, le vol d'une collection de livres, etc.) ou de nature différente (l'usager de drogue qui braque une pharmacie pour se procurer des stupéfiants : vol à l'aide de violences et détention illicite de stupéfiants),
- soit un même fait matériel constitue plusieurs infractions, qui sont reliées entre elles par une « unité de réalisation » (un acte qui constitue une infraction au code de la route et un homicide involontaire). On parle parfois ici d'infraction *complexe*[1075].
Dans ces deux cas de figure, l'article 65 du Code pénal envisage un « concours idéal d'infraction », par unité de réalisation ou par unité d'intention, qui a pour effet de juger « globalement » ces différentes infractions et de prononcer une seule peine. C'est évidemment plus simple (et rapide) : ceci explique que la jurisprudence, souveraine pour interpréter le facteur d'unité entre les infractions, a tendance à en faire une interprétation extensive[1076].
Quelle est l'incidence de la notion d'infraction collective ?

Tout d'abord, elle fonde la règle du concours idéal d'infractions prévue à l'article 65 du Code pénal : « Lorsqu'un même fait constitue plusieurs infractions ou lorsque différentes infractions soumises simultanément au même juge de fond constituent la manifestation nécessaire et continue de la même intention délictueuse, la peine la plus forte sera seule prononcée » (voy. *infra*, syllabus II, chapitre sur la peine). D'un point de vue criminologique, cette règle traduirait l'idée qu'il s'agit de « juger un homme qui a commis des faits » et non plus seulement « des faits commis par un homme »[1077].

La qualification de l'infraction collective a également une incidence quant à l'application de la loi dans le temps et dans l'espace[1078] et quant à la prescription[1079].

---

formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commente les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité".

1073 Comme le souligne très justement R. LEGROS, il ne faut pas confondre but et intention : en l'espèce, ce n'est pas l'intention qui est en cause (*Droit pénal*, *op. cit.*, pp. 263-264); *cf.* Cass., 7 février 1990, *Pas.*, I, p. 669.

1074 Bruxelles, 11 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1991, p. 852: "Bien que l'infraction, définie à l'article 490*bis* du Code pénal soit instantanée en ce sens qu'elle ne se poursuit pas après sa consommation par le maintien de l'état d'insolvabilité, elle peut cependant être *continuée* lorsque, par de nouveaux agissements, son auteur persiste à soustraire son patrimoine au gage de ses créanciers"; Anvers, 31 janvier 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1027, note: plusieurs infractions instantanées de blanchiment constituent une infraction continuée lorsqu'elles sont réunies par une unité d'intention et de réalisation. *Cf.* également trib. trav. Anvers, 11 septembre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 749 ; C. trav. Anvers, 8 juin 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 96, note; Cass., 14 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 795: "l'article 65, alinéa 2 du Code pénal ne vise pas l'hypothèse de l'infraction continue mais celle de l'infraction continuée, encore appelée délit collectif par unité d'intention".

1075 Cass., 29 septembre 1992, *Pas.*, I, p. 1069. *Cf.* également C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, *M.B.*, 23 décembre 2000, p. 42828 qui évoque, en ce sens, l'hypothèse où "un fait unique, à savoir le dépassement des masses maximales autorisées et des masses sous les essieux, constitue à la fois une infraction aux normes fédérales, fixées en vue de la circulation routière, et une infraction aux normes régionales, concernant l'endommagement du revêtement routier par surcharge", tout en décidant que "dans ce cas, il s'agit de deux infractions différentes qui sont la conséquence d'un même comportement" et que "le juge ne pourra prononcer qu'une seule peine – la plus forte – en application de l'art. 65, al. 1er, C. pén.".

1076 Cass., 4 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 120 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1083; Cass., 10 mars 1992, *Pas.*, I, p. 614.

1077 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, p. 148, qui renvoie au *Rapport sur les principales orientations de la réforme* de la Commission pour la révision du Code pénal (*op. cit.*, pp. 40-41).

1078 *Cf. supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit de lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales, *in fine* et § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité, 2. La localisation de l'infraction.

1079 La prescription commence à courir à partir du dernier acte pour autant qu'il ne soit pas séparé du fait antérieur par un délai plus long que le délai de prescription (Cass., 23 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 357 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1083; Cass., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307; Cass., 12 février 2007). Voy. M. DE SWAEF, "De verjaring bij voortgezet of collectief misdrijf", note sous Cass., 15 juin 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 2689.

D. L'acte inachevé punissable : le régime de la tentative d'infraction et de l'infraction manquée

Entre le moment où une personne réfléchit à commettre une infraction et la réalisation de celle-ci, plusieurs étapes peuvent intervenir. En principe, l'infraction doit être « consommée » pour être punissable, ce qui suppose que toutes les composantes de l'élément matériel de l'infraction soient réunies.

Toutefois, pour les infractions d'une certaine gravité (les crimes et certains délits), le législateur incrimine également l'acte inachevé ou celui qui, mené à terme, à manqué son but. A certaines conditions, la « tentative d'infraction » et l'« infraction manquée » sont donc punissables, même si d'une peine inférieure à la peine prévue pour la même infraction « consommée ».

1. Le régime de la tentative

Historiquement, il est intéressant d'observer l'évolution – ou plus exactement l'oscillation – de la position du législateur en ce qui concerne la répression de la tentative[1080]. On y retrouve cette ligne de partage entre droit pénal de l'acte et droit pénal de l'agent, responsabilité et dangerosité, approche « objectiviste » et « subjectiviste » qui traverse la majorité des problèmes du droit pénal. L'incrimination (ou non) de la tentative pose en effet la question des limites de l'intervention pénale.

Dans ses premiers développements, le droit pénal était « strict », marqué par une logique « objectiviste »[1081]: il n'incriminait en général que le délit consommé et n'envisageait pas la tentative. Ainsi, le Code pénal révolutionnaire français de 1791 ne la prévoyait pas[1082].

Marquée par une orientation plus répressive, le Code pénal de 1810 réagit de manière radicale à cett absence, prévoyant une disposition générale qui incrimine la tentative et l'assimile, sur le plan de la répression, à l'infraction consommée ("l'agent qui a voulu agir sera frappé comme s'il avait agi")[1083] (art. 2). L'approche est ici plus « subjectiviste » et considère qu'à partir d'un certains degrés de concrétisation, l'intention de l'auteur doit être réprimée, que son acte ait abouti ou non[1084].

Le Code pénal belge de 1867 rejette ce système. Son concepteur, J.J. HAUS, estime que « frapper de la même peine l'une et l'autre, c'est confondre la responsabilité pénale avec la responsabilité morale ; c'est faire abstraction de l'élément matériel du délit et n'avoir égard qu'à la perversité de l'intention »[1085]. On assiste ici au retour d'une conception plus

---

1080 J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Impremerie des Invalides, 1995, t. 1, pp. 248 et s.

1081 *Cf. supra*, § 2. L'élément matériel.

1082 Il faut toutefois souligner que la théorie du « fractionnement » du processus criminel (tentative éloignée, prochaine, très prochaine) a été élaborée à partir du XIV^{e} siècle, notamment par les criminalistes italiens et que, à la fin du XVII^{e} siècle, certains code pénaux, comme le Code pénal de Joseph II en Autriche, la prévoyait.

1083 L'assimilation a été maintenue lors de la réforme partielle du Code par la loi du 28 avril 1832 dans la mesure où le système des circonstances atténuantes permettait d'en corriger l'application.

1084 Sans surprise, on constate que les criminologues positivistes et les partisans du courant de défense sociale s'inscrivent dans le même fil : ils sont partisans d'une large prise en compte de la tentative au motif qu'elle témoigne d'un état d'esprit rebelle ou d'un "état dangereux". Ainsi, pour A. PRINS, il faut tenir compte du fait que que "la société doit se défendre contre un phénomène social : la volonté rebelle des criminels, les impulsions des classes criminelles".

1085 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. 1, n° 474, p. 359. Voy. aussi J.J. HAUS, « Rapport fait à la commission de la Chambre », in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. 1, *op. cit.*, n° 196, p. 88: "La peine infligée à l'auteur d'une

« objectiviste » du droit pénal[1086], qui prend en compte la tentative, mais avec un certain nombre de limites relatives à ses conditions et à son régime de répression.

Le principe des article 51 à 53 du Code pénal est donc que, à certaines conditions et pour certaines infractions, le législateur incrimine le comportement d'une personne qui :

- soit procède à un commencement d'exécution de l'infraction, mais ne consomme pas l'infraction pour une raison indépendante de sa volonté (*infraction tentée*),
- soit mène l'infraction jusqu'à son terme, mais la « manque » pour une raison indépendante de sa volonté (*infraction manquée*).

2. La répression de la tentative punissable (51-52 CP)

Les articles 52 et 53 Code pénal précisent le régime répressif de la tentative, lorsque les conditions de celle-ci sont réunies.

a) La tentative de crime : toujours punissable

L'article 52 CP incrimine la tentative de crime de manière générale. La tentative de crime est donc toujours punissable, quel que soit le crime, et elle sera punie de la peine immédiatement inférieure à celle prévue pour le crime consommé, conformément aux articles 80 et 81 du Code pénal. Ce qui justifie cette diminution de peine est la moindre gravité du dommage réellement produit. L'article 52 CP précise toutefois que les tentatives de crimes punissables de la réclusion à perpétuité seront punies de la réclusion de 20 à 30 ans (au lieu de 30 à 40 ans)[1087].

Par ailleurs, en matière de crime contre l'humanité, de génocide et de crimes de guerre, la tentative est punie de la même peine que celle prévue pour le crime consommé (art. 136*septies* C.P). Il en est de même pour les vols avec violences accompagnés de certaines circonstances aggravantes prévus aux articles 473, 474 et 475 C.P. (art. 476 C.P.)

b) La tentative de délit : punissable dans les cas et de la peine prévus par le texte légal

La tentative de délit n'est punissable que dans les cas déterminés par la loi qui fixera, en outre, la peine applicable (art. 53)[1088]. Ainsi, la tentative d'escroquerie est prévue par l'article 496 CP.

Ce système traduit la volonté de restreindre la tentative punissable aux situations inachevées dont le législateur estime qu'elles présentent un certain degré de gravité[1089]. Il en résulte aussi,

---

tentative est sans doute légitime en soi... Mais une peine intrinsèquement légitime peut être injuste par rapport à la société qui l'inflige ; et elle l'est, si la punition n'est pas nécessaire ou si elle n'est pas utile au but que le pouvoir doit se proposer".

1086 P.E. TROUSSE, *Droit pénal général*, *op. cit.*, t. 2, p. 186.

1087 La modification de l'article 80 du Code pénal par la loi du 5 février 2016 pose ici des questions complexes dans lesquelles nous n'entrons pas (voy. Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, pp. 87-88).

1088 Ainsi, il n'y a pas de tentative punissable du délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité (Corr. Liège (ch. cons.), 28 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1459, obs. Ch.P.), ni du délit d'abus de biens sociaux (art. 492*bis* du Code pénal introduit par la loi sur les faillites du 18 août 1997). De même, il a été jugé que l'intention de conduire un véhicule en état d'intoxication alcoolique n'était pas punissable, l'infraction définie à l'article 34, § 2 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière étant un délit pour lequel la loi ne prévoit pas la punition de la tentative (Corr. Bruxelles, 9 novembre 2012). En revanche, depuis la loi du 16 juin 1993 (*M.B.*, 24 juillet 1993, p. 17287), la tentative d'escroquerie est désormais punissable (art. 496, al. 2 du Code pénal) ; de même, la tentative de recel est devenue punissable par la loi du 7 avril 1995 (*M.B.*, 10 mai 1995, p. 12378).

qu'en principe, il n'y a pas de tentative punissable en matière de contravention[1090], sous réserve d'un cas prévu par une loi particulière faisant application de l'article 100 du Code pénal.

3. Les conditions de la tentative punissable (art. 51 Code pénal)

> Il y a tentative punissable lorsque la *résolution* de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un *commencement d'exécution* de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des *circonstances indépendantes* de la volonté de l'auteur (art. 51 C.P.)

L'article 51 CP subordonne la tentative punissable à la réunion de trois conditions :
- une résolution criminelle ;
- un acte extérieur constituant un commencement d'exécution
- la suspension involontaire de la tentative (ou son échec en cas d'infraction manquée)

a) *La résolution de commettre un crime ou un délit*

La loi exige que l'auteur ait agi dans l'intention de commettre l'infraction. Il en résulte que les infractions non intentionnelles (infractions par défaut de précaution, par imprudence ou par négligence) sont, dès lors, structurellement incompatibles avec la notion de tentative punissable[1091].

La résolution criminelle doit en outre porter sur un crime ou un délit déterminé. Il n'y a pas de tentative punissable « en soi »; il n'y a que des tentatives de meurtre, de vol, de corruption, etc. La preuve de cette intention, distincte du commencement d'exécution, est parfois délicate[1092].

b) *Un acte extérieur qui forme un commencement d'exécution* :

La résolution criminelle doit connaître un début de matérialisation, d'extériorisation. Il faut donc "*des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution*" du crime ou du délit.

Cette exigence a trois conséquences :

1. La tentative punissable est exclue pour les infractions commises par omission (pas de tentative, par exemple, pour l'infraction de « non assistance à personne en danger » (422*bis* CP).

2. Une distinction doit être opérée ici entre l'acte préparatoire, qui reste non punissable, et le commencement d'exécution qui ouvre le champ de la tentative punissable. L'acte préparatoire est l'acte par lequel un individu se "donne les moyens de commettre une infraction", mais sans que l'acte ne manifeste l'intention certaine de réaliser l'infraction ou qu'il ne traduise un début

---

1089 Il en résulte que la tentative d'un crime que le juge correctionnalise par l'effet des circonstances atténuantes reste punissable malgré le fait que la loi n'a pas incriminé la tentative de ce délit (*Répertoire pratique du droit belge, v° Infractions et répression en général*, *op. cit.*, n° 317).

1090 Sous réserve de l'article 100 du Code pénal. Notons également qu'en cas de contraventionnalisation d'un délit, "la tentative de cette infraction demeure punissable si le délit lui-même, considéré *in abstracto*, comporte une répression pour la tentative" (J. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 100 et s.).

1091 On ne peut donc envisager, par exemple, une tentative d'homicide involontaire

1092 À cet égard, *cf.* notamment Corr. Verviers, 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1461 où il a été jugé que, lorsque la preuve de l'intention de voler n'est pas établie, le fait de frapper une vitrine et d'y provoquer un éclat ne constitue pas une tentative de vol.

de mise en oeuvre de l'infraction. Par contre, l'acte d'exécution constitue un « début de mise en oeuvre de l'infraction »[1093]. L'acte concrétise les préparatifs, il est en lien clair et direct avec l'infraction et il ne peut plus guère être interprété que comme lié directement à l'infraction.

Dans les faits, la frontière est parfois difficile à tracer et le législateur en a laissé le soin aux tribunaux, dans chaque cas d'espèce[1094].

Certains critères ont été proposés pour aider le juge à trancher :

- le critère *de l'univocité* : l'acte équivoque, encore susceptible d'interprétations diverses, ne sera pas constitutif de commencement d'exécution. A l'inverse, l'acte univoque, qui traduit une intention certaine et indiscutable de commettre l'infraction, pourra être considéré comme un commencement d'exécution :

> « Un acte qui ne laisse aucun doute sur l'intention de l'auteur peut donc constituer le commencement d'exécution qui constitue la tentative punissable » (Cass., 3 novembre 2004)[1095] ;

- le critère de la *proximité* : l'acte éloigné de l'infraction, qui rend encore possible d'abandonner le projet criminel, sera moins vite considéré comme un commencement d'exécution. Par contre, plus l'acte se rapproche, dans l'espace et dans le temps, de l'infraction, plus il sera interprété comme commencement d'exécution ;

- l'existence d'un *lien causal direct* entre l'acte commis et l'infraction à venir : si l'acte extérieur tend directement à la réalisation de l'infraction, il sera considéré comme commencement d'exécution.

3. Le commencement d'exécution n'exige pas que l'infraction elle-même soit entamée. Comme le souligne HAUS, « pour qu'il y ait tentative, il faut que l'auteur ait commencé non pas le crime mais l'exécution de ce crime, ce qui n'est pas toujours la même chose »[1096].

La Cour de cassation a réaffirmé ce principe :

> « Si l'article 51 du Code pénal exige le commencement de l'exécution de l'infraction, cette disposition légale ne requiert pas que l'acte constitutif du crime ou du délit soit lui-même déjà commencé »[1097].

Ainsi, « il y a commencement d'exécution dès que l'agent met en œuvre les moyens qu'il s'est procurés, qu'il a apprêtés et disposés pour réaliser son projet criminel ; le commencement d'exécution est en relation nécessaire avec l'intention criminelle de l'auteur et ne peut s'expliquer que par la volonté de celui-ci de perpétrer une infraction déterminée à la commission de laquelle les actes accomplis tendent directement et

---

1093 "Le commencement d'exécution suppose à tout le moins une mise en oeuvre, par l'agent, des moyens qu'il s'est procurés, qu'il a apprêtés et disposés pour réaliser son objet criminel (Cass., 24 mars 2010, RGP.10.0473.F, *Pasicrisie*, 2010, n°215).

1094 J.J. HAUS, "Rapport fait à la commission de la Chambre", *in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. 1, *op. cit.*, n^{os} 188 et 189, pp. 85 et 86.

1095 Cass. 3 novembre 2004, RG.P.04.1191.F, *Rev. dr. pén. crim*, 2005, p. 327.

1096 J.J. HAUS, "Rapport fait à la commission de la Chambre", in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. 1, *op. cit.*, n° 189, p. 86.

1097 Cass. 3 novembre 2004, RG.P.04.1191.F, *Rev. dr. pén. crim*, 2005, p. 327.

immédiatement ; un acte qui ne laisse aucun doute sur l'intention de l'auteur peut donc constituer le commencement d'exécution qui caractérise la tentative punissable »[1098].

En l'espèce, le prévenu avait été reconnu coupable de deux tentatives de vol qualifié après que les juges avaient constaté que les occupants de deux habitations proches avaient été réveillés à une quarante de minutes d'intervalle, qu'ils avaient observé un homme, identifié comme le prévenu, muni de gants, regardant dans la maison avec une lampe torche, et que ce dernier, découvert, avait pris la fuite.

À l'inverse, il a été jugé, en 2009, que le seul fait de commanditer un crime ou un délit à un tiers en lui versant une somme d'argent pour le commettre, sans que ce tiers n'ait agi, ne constitue pas un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, mais un acte préparatoire de l'infraction[1099]. Cependant, la Cour de cassation semble être revenue sur cette jurisprudence car elle a considéré, en 2018, qu'il y avait bien commencement d'exécution d'une tentative d'assassinat lorsque le prévenu accepte de l'époux de la victime une somme d'argent dont il négocie le montant pour engager, à la demande de celui-ci, un tueur à gages, effectue un repérage des lieux, rencontre six exécutants potentiels et sollicite une photographie de la victime qu'il remet à un policier sous-couverture avec la conviction qu'il s'agit du tueur[1100].

c) *Une suspension ou un échec involontaire du projet criminel avant que l'infraction ne soit consommée*

Le projet criminel ne sera incriminé au titre de tentative punissable que si son interruption ou son échec relèvent de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur (art. 51 CP).

Par contre, si le désistement du prévenu est volontaire, que l'auteur procède à un abandon spontané de son projet criminel avant la consommation de l'infraction, la tentative ne sera plus punissable : en matière de tentative, on encourage le "repentir actif". Pour bénéficier de ce « repentir actif », il faut que le désistement intervienne spontanément et non pas sous l'effet d'un événement extérieur : ainsi, par exemple, la réaction de la victime ou l'irruption des forces de l'ordre, qui feraient fuir l'agresseur[1101] la croyance erronée que l'infraction a été menée à terme[1102] ne sont pas des motifs d'interruption assimilables à un « désistement volontaire »

Dans le cas de l'infraction manquée (soit une tentative menée à son terme mais qui manque son but par l'effet de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur), le désistement volontaire a le même effet élisif. Mais il faudra prouver que l'échec de l'infraction est dû à la volonté de l'auteur et non pas à un élément extérieur comme la maladresse de l'auteur (il manque sa cible) ou l'intervention du hasard.

1098 Cass., 20 décembre 2017, *Pas.,* 2017, n° 721.

1099 Cass., 14 janvier 2009, *Pas*., 2009, n° 33 ; *Rev. dr. pén. crim.,* 2009, p. 452.

1100 Cass., 6 novembre 2018, *Rev. dr. pén. crim*., 2020, p. 1146.

1101 Anvers, 19 juillet 1985, *R.W*., 1985-1986, col. 1430, note M. DE SWAEF ; Corr. Bruxelles, 20 octobre 1989, *J.T*., 1990, p. 633 ; Cass., 11 juin 2013, P.13.0118.N, *Juridat* : « Le juge de fond constate souverainement si le commencement d'exécution a cessé en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur ».

1102 Cass. 23 mars 1999, RG.P.99.0239.N., *Rev. dr. pén. crim*., 2000, p. 226. L'auteur invoquait le « désistement volontaire » pur avoir interrompu de son propre chef les coups avant que la victime ne meure… La Cour estimera qu'on ne pouvait parler ici d'« un abandon spontané de l'auteur qui renonce à son dessein » dans la mesure où l'agent s'est arrêté « parce qu'il avait cru que ses actes avaient eu l'effet escompté ».

4. L'infraction impossible

Est envisagé ici un comportement qui vise à commettre une infraction dont la réalisation est impossible, soit à défaut d'objet (un infanticide sur un enfant mort-né ; le meurtre d'une personne déjà morte), soit par inadéquation des moyens utilisés (empoisonnement avec de l'eau salée ; détention et vente de sel que l'on croit être de l'héroïne).

La jurisprudence tend à réprimer l'infraction impossible au titre de la tentative punissable. Toutefois, prenant appui sur une distinction opérée en doctrine[1103], la Cour de cassation a consacré une différence de régime entre la tentative « absolument impossible » (non punissable) et la tentative « relativement impossible » (punissable comme tentative)[1104].

§ 3. L'élément moral

Bien qu'aucun texte légal n'en ait expressément consacré l'exigence, il est traditionnellement admis en droit belge qu'il ne saurait y avoir d'infractions purement « matérielles »[1105], c'est-à-dire d'infractions qui existeraient par le seul fait qu'ait été matériellement accompli un acte interdit par la loi. Aux éléments légal et matériel de l'infraction (éléments « objectifs »), il convient dès lors d'ajouter un troisième élément « subjectif » : l'élément moral, qui renvoie à la responsabilité morale de l'auteur de l'acte, en l'absence de laquelle toute forme de condamnation pénale peut apparaître radicalement injuste, voire même inutile[1106].

L'existence de cet élément moral de l'infraction est requise pour les auteurs personnes physiques, mais aussi pour les personnes morales, même si la preuve de l'élément moral peut susciter ici, dans certains cas, des difficultés spécifiques[1107].

On distingue généralement deux composantes de l'élément moral :

- l'une, commune à toute infraction pénale, réside dans ce que nous appellerons l'imputabilité morale ;
- l'autre, variable selon les différents types d'infractions, réside dans le dol ou le défaut de prévoyance et de précaution.

1103 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. I, n[os] 459 et s., pp. 346 et s.

1104 Cass., 8 avril 2014, N.C., 2015, p. 127.

1105 *Cf.* notamment J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. 1, p. 208: "Il est... erroné de dire que les contraventions et les délits ne sont que des infractions matérielles à des prohibitions ou des prescriptions de la loi"; R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, p. 114: "Il n'y a pas d'infraction matérielle. Même les simples contraventions exigent un élément moral. Il n'y a pas d'infraction sans faute"; J. VERHAEGEN, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 17: "L'évolution de nos mœurs n'admet plus, au moins ouvertement, l'imputabilité pénale d'une infraction à la personne qui n'en serait que l'auteur matériel, la cause simplement mécanique". *Cf.* également Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, I, p. 1056 : "Le juge ne décide pas légalement que l'infraction... est punissable uniquement parce que le fait a été matériellement commis". La Cour précise cependant que cette question est indépendante de celle de savoir "de quelle manière il y a lieu d'apporter la preuve de l'élément moral de l'infraction et notamment de savoir si cet élément peut être déduit du simple fait matériel" ; voy. à ce sujet, J. VERHAEGEN, "L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1987)", *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, pp. 289 et s. *Cf.* encore Cass., 13 décembre 1994, *Pas.*, 1995, I, p. 1094 : "L'existence d'une infraction requiert toujours l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral, même lorsque ce dernier élément n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination". Dans le même sens, Cass., 19 novembre 1997, *Pas*., 1997, I, p. 490; Cass., 26 février 2002, *Pas*., 2002, I, p. 541; Cass., 4 octobre 2006 et Cass., 25 février 2010, *J.T.L*., 2010, pp. 184 et s. et note N. COLETTE-BASECQZ, "Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction". Voy. également Cass., 27 septembre 2005, *Pas*., 2005, I, p. 1751, qui évoque "les principes généraux du droit pénal qui requièrent un élément moral pour chaque infraction".

1106 *Cf.* notamment R. LEGROS, "Le droit pénal dans l'entreprise", *op. cit.*; *Idem, Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, pp. 182 et 186.

1107 *Cf.* notamment Ch. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, "Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective. A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales", *J.T.*, 1998, p. 569.

A. L'imputabilité morale et les causes de non-imputabilité

1. Définition

Par la notion d'imputabilité, on entend ici que toute infraction pénale suppose que le fait matériel commis en violation de la loi (l'« acte pénal ») puisse être rattaché à la conscience et à la libre-volonté de son auteur. Une infraction pénale suppose cette composante morale.

Dans la mesure où la libre volonté et la conscience de l'agent sont présumées d'une façon générale par le législateur[1108], l'exigence de l'imputabilité morale est surtout importante par ses conséquences négatives : si l'un des deux aspects (*conscience* ou *volonté*) est absent, l'infraction, au sens plénier du terme, disparait pour l'auteur de l'acte. C'est précisément dans ce cas que l'on parle de « cause de non-imputabilité » pour traduire l'idée que, tout en étant « objectivement » criminel (c'est-à-dire criminel au regard des éléments « objectifs » de l'infraction), « un acte n'est subjectivement pas imputable à son auteur »[1109], et n'est, par voie de conséquence, pas constitutif d'infraction pour cet auteur, en regard de l'absence de l'élément « subjectif » de l'infraction.

Certains parlent à ce propos de « cause de justification subjective ou personnelle »[1110]. L'expression est malheureuse, dans la mesure où, contrairement aux causes de justification qui sont réelles et neutralisent l'élément légal de l'infraction, les causes de non-imputabilité sont personnelles, affectent l'élément moral de l'infraction et ne concernent que l'auteur qui peut les invoquer sans pouvoir bénéficier aux autres participants.

Le législateur a prévu cinq causes de non imputabilité :
- le trouble mental ;
- la minorité ;
- l'erreur et l'ignorance invincibles ;
- la contrainte ;
- le trouble momentané de discernement.

2. Le trouble mental

a) Introduction historique

1108 Sans doute appartient-il en principe à la partie poursuivante de démontrer l'existence de l'élément moral de l'infraction, y compris l'absence de causes de non-imputabilité, mais cela uniquement, comme pour les causes de justification, à la condition que le prévenu allègue lui-même des causes qui ne sont pas dépourvues de crédit (*cf.* notamment Cass., 11 juin 1951, *Pas.*, I, p. 702; Cass., 22 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 548; Cass., 9 février 1982, *Pas.*, I, p. 721; Cass., 11 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 26; Cass., 31 mai 1989, *Pas.*, I, p. 1035; Cass., 10 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 145, Cass., 4 janvier 1994, *Pas.*, I, p. 6; Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, I, p. 175). C'est en ce sens que l'on a pu dire que "le ministère public ayant établi la matérialité de l'infraction, il appartient au prévenu d'invoquer une cause de justification, en précisant les éléments de fait permettant d'y accorder crédit" (E. KRINGS, "Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit", *J.T.*, 1990, p. 565, note 131). *Cf.* également R. LEGROS, "Considérations sur quelques arrêts récents concernant l'élément moral dans les infractions", *Journ. proc.*, n° 288, 22 septembre 1995, p. 17: "La preuve justificative doit être faite par le prévenu en ce sens que tout d'abord il doit invoquer la justification dont il entend se prévaloir, et, en outre, il doit indiquer les éléments susceptibles de la rendre vraisemblable, de lui apporter crédit, après quoi la preuve justificative résultera de la collaboration entre prévenu et partie poursuivante dans la mesure raisonnable de leurs possibilités et moyens."

1109 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, op. cit., p. 46.

1110 La confusion est régulièrement opérée dans la doctrine et dans la jurisprudence et souligne, une nouvelle fois, l'interchangabilité entre les causes de justification et les causes de non-imputabilité. Voy., notamment, C. trav. Liège (6e ch.), 20 mai 2005, *J.T.T.*, n° 945, 2006/11, p. 187: "L'appelante revendique l'exonération d'une cause de non-imputabilité. Elle invoque comme cause de justification subjective, l'erreur invincible"; Liège (mis. acc.), 9 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1306 : "La démence, au sens de l'article 71 du Code pénal, constitue une cause de non-imputabilité, c'est-à-dire une cause de justification personnelle excluant la responsabilité pénale". N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE expliquent cette confusion par la maladresse du législateur d'avoir placé l'article 71 du Code pénal, concernant l'altération des facultés mentales et la démence, dans le chapitre VII du livre premier du Code pénal intitulé "Des causes de justification et d'excuse" (*Manuel de droit pénal général*, 2 e éd., *op. cit.*, p. 352). Voy. également D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4e éd., *op. cit.*, p. 146.

Cette première cause de non-imputabilité relative à la capacité pénale de l'agent présente la particularité d'être régie par deux types de dispositions qui se complètent : l'article 71 du Code pénal et la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement[1111].

Héritier sur cette question du Code pénal de 1810, le Code pénal de 1867 prévoyait, en son article 71, qu'« il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était *en état de démence* au moment du fait (…) ».

L'article 71 du Code pénal faisait ici application de ce principe fondamental de droit pénal, selon lequel nul ne peut être condamné que s'il est l'auteur d'un acte qui lui est imputable. L'état de démence entraînait l'irresponsabilité pénale et l'acquittement de l'accusé ou du prévenu.

À la fin du XIXe siècle, ce système est mis en cause. Dans un contexte dominé par l'idéologie montante de la « défense sociale », le régime réservé aux « aliénés délinquants », associés à la figure de l'« homme dangereux », pose un problème en termes de contrôle social : soit ces « aliénés » sont reconnus « déments » et, bénéficiant de l'article 71 C.P, ils échappent à toute peine. Acquittés, ils se voient au plus appliquer de mesures administratives dont le suivi apparaît insuffisant ; soit, considérés comme « demi-fous », ils ne bénéficient pas de l'article 71 C.P, sont reconnus formellement responsables sur le plan pénal mais condamnés à de courtes peines en raison des circonstances atténuantes que leur vaut leur état mental[1112].

Soucieuse de remédier à cette situation, la *loi de défense sociale du 9 avril 1930 à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude* vient compléter l'article 71 du Code pénal, en permettant de prendre une mesure d'internement, décrite comme une mesure de soin et de sécurité, à l'égard de l'accusé ou du prévenu déclaré pénalement irresponsable de ses actes au moment du jugement.

La loi de 1930 a subi diverses modifications, par une loi du 1er juillet 1964 d'abord, par la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle qui l'a renommée « loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels » ensuite. Une tentative de réforme plus globale a eu lieu en ce début de XXIe siècle, avec la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental. Cette loi, fort critiquée, n'est finalement jamais entrée en vigueur. Finalement, la réforme globale de la matière a été réalisée par la *loi du 5 mai 2014 relative à l'internement* des personnes, qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016[1113].

La matière est complexe pour deux raisons : d'une part, les conditions d'application de la cause de non-imputabilité (art.71 CP) et celles de la mesure d'internement (art. 9 loi du 5 mai 2014) ne coïncident pas ; d'autre part, si l'existence de la cause de non-imputabilité est fonction de l'état de l'auteur au moment du fait, le prononcé de la mesure d'internement

---

1111 *M.B.*, 9 juillet 2014.

1112 Y. CARTUYVELS, « L'internement en Belgique : une « troisième voie » qui en cherche une autre… », *Annales Medico-Psychologiques*, 2018, n°176, pp. 395-403.

1113 Voy. l'article 250 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B.*, 13 mai 2016, qui a modifié l'article 136 de la loi du 5 mai 2014. Sur le nouveau régime légal, voy. O. NEDERLANDT, N. COLETTE-BASECQZ, F. VANSILIETTE, Y. CARTUYVELS (dir.), La loi de 2014 relative à l'internement. Nouvelle loi, nouveaux défis : vers une véritable politique de soins pour les internés ?, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie,* 2018, n°26. Pour une contribution tout à fait récente, voyez : N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *in* H. Bosly et Ch. De Valkeneer (coord.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 217-300.

dépend de l'état de l'auteur au moment du jugement. Confronté à une situation de ce type, le juge doit donc procéder à une analyse en deux temps :

- en se fondant sur les critères de l'article 71 du Code pénal, il doit d'abord se prononcer sur l'irresponsabilité pénale au moment des faits ;
- si l'irresponsabilité pénale est retenue, l'auteur sort de la filière pénale classique. Le juge doit alors décider de prononcer (ou non) une mesure d'internement en fonction de l'état mental de la personne au moment de la décision judiciaire et sur la base de l'article 9 la loi du 5 mai 2014.

b) La décision sur l'irresponsabilité pénale ou le champ d'application de l'article 71 CP

Tel que modifié par la loi du 4 mai 2016, dite pot-pourri III, l'article 71 du Code pénal dispose que :

> « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint, au moment des faits, d'un *trouble mental* qui a *aboli* sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes (…) ».

On soulignera d'emblée que l'expression « il n'y a pas d'infraction » reste malheureuse. En effet, la cause de non-imputabilité ne fait pas disparaître l'infraction, mais entraîne seulement que celle-ci n'est pas imputable à la personne reconnue incapable pénalement en raison du trouble mental.

Pour le reste, on se permettra trois remarques :

- la notion de « trouble mental» remplace celle « d'état de démence », au motif que cette notion serait plus conforme aux avancées de la psychiatrie contemporaine, recouvrant tant les troubles de capacités volitives que cognitives et incluant dès lors aussi de situations de handicap mental[1114] ;

- là où la notion d' « état » renvoie à l'idée d'un problème permanent, la notion de « trouble » englobe une situation qui peut n'être que « passagère ». La nouvelle loi étend donc de ce point de vue le champ de l'incapacité pénale ;

- lorsqu'il y a des raisons de croire à l'existence d'un trouble mental au moment des faits, le procureur du Roi, le juge d'instruction ainsi que les juridictions d'instruction et de jugement ordonnent une expertise psychiatrique médico-légale pour établir :

a) si au moment des faits, la personne était atteinte d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ;
b) si, au moment de l'expertise, la personne était atteinte d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ;
c) s'il existe une possibilité de lien causal entre le trouble mental et les faits ;

[1114] L'article 71 du Code pénal visait dans sa version originaire la notion de « démence ». La loi de 2014 a remplacé cette notion par celle de *trouble mental qui a aboli ou gravement altéré* la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes. La loi du 4 mai 2016, dite pot-pourri III, a toutefois *supprimé les mots « gravement altéré »*. Cette réduction du champ d'application de l'article 71 aux seules personnes atteintes d'un trouble mental complet, et non plus d'un trouble mental partiel, a entraîné que les champs d'application de la cause de non-imputabilité et de la mesure d'internement ne coïncident plus. En effet, l'article 9 de la loi relative à l'internement dispose que la mesure d'internement peut être prononcée en cas de trouble mental qui *abolit ou altère gravement* la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes. Il en résulte une situation curieuse, puisqu'une personne, reconnue dans un état de trouble mental grave (mais pas total) au moment des faits sera déclarée « responsable » et devrait logiquement faire l'objet d'une condamnation pénale. Toutefois, si elle est dans le même état au moment du jugement, elle pourra se voir imposer une mesure d'internement.

d) si, du fait du trouble mental, le cas échéant conjugué à d'autres facteurs de risque, la personne risque de commettre de nouvelles infractions comme prévu à l'article 9, §1er, al. 1er ;
e) si, le cas échéant, la personne peut être traitée, suivie, soignée et de quelle manière, en vue de sa réinsertion dans la société (art. 5, §1er).

L'expertise, obligatoire en cas de décision d'internement, est conduite sous la responsabilité d'un expert psychiatre médico-légal agréé. Ce dernier peut se faire assister par d'autres spécialistes en sciences comportementales (expertise en collège) (art. 5, §2). L'expertise est contradictoire : la personne qui fait l'objet d'une expertise psychiatrique médicolégale peut, à tout moment, se faire assister par un médecin de son choix (et aussi par un avocat). Elle peut également communiquer aux experts judiciaires les informations utiles pour l'expertise que lui fournit le prestataire de soins de son choix (art. 7). La chambre des mises en accusation de Bruxelles a écarté à plusieurs reprises des expertises qui ne respectaient pas ce principe du contradictoire[1115].

C'est alors aux juridictions d'instruction ou aux juridictions de jugement, munies du rapport d'expertise qui a un statut d'avis (et qui n'est donc pas contraignant), de décider du sort de la personne et, éventuellement, d'une mesure d'internement (art. 9).

c) *Le champ d'application de la mesure d'internement*

L'article 2 de la loi du 5 mai 2014 souligne que l'internement est « une mesure de sûreté destinée à la fois à protéger la société et à faire en sorte que soient dispensés à la personne internée les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société ». Il ne s'agit donc pas d'une peine à proprement parler mais, dans le fil de la philosophie de la loi de 1930, d'une mesure de sécurité et de soin.

Aux termes de l'article 9 §1 et §2 de la loi du 5 mai 2014, la juridiction d'instruction ou la juridiction de jugement peut ordonner l'internement d'une personne si les conditions suivantes sont réunies et constatées au moment du jugement :

- elle a commis un *crime ou un délit* portant atteinte à ou menaçant l'*intégrité physique ou psychique de tiers*. L'objectif est ici de réserver la mesure d'internement aux auteurs d'actes d'une certaine gravité et attentatoires aux personnes. Un très grand pouvoir d'appréciation est laissé au magistrat quant à ce critère. La Cour de cassation a ainsi décidé que la cour d'appel a pu considérer que des infractions en matière de stupéfiants rentrent dans le champ d'application de la loi sur l'internement[1116] ;

- elle est, *au moment de la décision*, atteinte d'un trouble mental qui *abolit ou altère gravement* sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ;

- le *danger* existe qu'elle commette de *nouveaux faits* tels que visés au 1° (du même type) en raison de son trouble mental, éventuellement combiné avec d'autres facteurs de risque ;

- elle a fait l'objet d'une *expertise psychiatrique médicolégale*.

1115 Bruxelles (ch. m. acc.), 7 octobre 2020, R.G. K/1959/20, inédite ; Bruxelles (ch. m. acc.), 17 novembre 2020, R.G. K/2274/20, inédite.
1116 Cass., 5 septembre 2018, *Pas.*, 2018, p. 1732.

De manière globale, on peut envisager les situations suivantes :

Moment des faits (art.71 CP)	**Moment jugement (art. 9 loi 2014)**	**Décision**
abolition : irresponsable (71 CP)	sain d'esprit	acquitté
abolition : irresponsable (71 CP)	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : non lieu/ acquittement/mesure protection loi 1990
« seulement » trouble mental grave ou trouble léger : responsable	sain d'esprit	peine
« seulement » trouble mental grave ou trouble léger : responsable	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : peine
sain d'esprit : responsable	sain d'esprit	peine
sain d'esprit : responsable	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : peine

d) *L'exécution de la mesure d'internement : le rôle central de la chambre de protection sociale du tribunal de l'application des peines*

La mesure d'internement est prononcée pour une durée indéterminée. La loi organise donc le suivi de l'interné pendant qu'il exécute cette mesure d'internement.

Sous l'empire de la loi de 1930, une « commission de défense sociale », composée d'un magistrat (président), d'un médecin (psychiatre) et d'un avocat, organisait et contrôlait l'exécution de la mesure d'internement. Aujourd'hui, ce suivi est assuré par les chambres de protection sociale au sein des tribunaux de l'application des peines (les « CPS »). Ces chambres, multidisciplinaires, sont composées d'un président magistrat, d'un assesseur spécialisé en matière de réinsertion sociale et d'un assesseur spécialisé en psychologie clinique. Le législateur a voulu professionnaliser l'exécution de l'internement en la confiant à une instance judiciaire permanente.

Dans les deux mois qui suivent le moment où la décision d'internement est devenue définitive, la CPS désigne l'établissement dans lequel l'internement sera exécuté ou décide une autre des modalités possibles de l'internement (art. 29). Notons qu'il s'agit d'un délai d'ordre qui n'est pas toujours respecté en pratique.

Les CPS peuvent « moduler » l'exécution de la mesure d'internement en fonction d'un « trajet de soin » pour l'interné : dès le départ et à tout moment ensuite, la CPS peut privilégier une des différentes modalités de l'internement, en fonction de l'état de l'interné et de son évolution.

Ces modalités sont les suivantes :

- **le placement** dans un établissement de défense sociale (EDS)[1117], une section de défense sociale de prison[1118], un centre de psychiatrie légale (CPL)[1119] ou une institution privée (hôpital psychiatrique)[1120] (art. 19, qui renvoie à l'article 3,4°,*b,c,d*) ;
- le **transfert** dans un autre établissement (pour raisons de sécurité ou de soin (art.19, al. 2),
- les **permissions de sortie** (art.20),
- les **congés** (art. 21),
- un régime de **détention limitée** (art. 23),
- un régime de **surveillance électronique** (art. 24),
- une mesure de **libération à l'essai**, assortie de conditions à respecter pendant un délai d'épreuve (art. 25) (par exemple, le suivi d'un traitement ambulatoire),
- la mesure de **libération définitive** (art. 66).

Si toutes les autres mesures peuvent être décidées à tout moment par la CPS, la libération définitive est par contre soumise au « sas » de la libération à l'essai : elle ne peut être octroyée qu'après l'expiration du délai d'épreuve fixé pour la libération à l'essai et pour autant que le trouble mental soit suffisamment stabilisé pour qu'il n'y ait plus de risques de voir l'interné « rechuter » (art. 66). La Cour de cassation est néanmoins revenue sur cette exigence : dans ses arrêts du 9 avril 2019 et du 11 juin 2019, elle a dit pour droit que l'interné dont le trouble mental est suffisamment stabilisé et qui ne présente pas de risque important de récidive doit être libéré définitivement sur la base des art. 5.1. et 5.4. de la Convention européenne des droits de l'homme, même si la période d'essai de trois ans du délai d'épreuve n'a pas encore expiré[1121].

La CPS peut également réviser la modalité de la mesure qu'elle a précédemment octroyée, suspendre celle-ci ou la révoquer (art. 59, 60 et 61).

Il est important de souligner que l'art. 19 de la loi ne prévoit pas de possibilité de placement dans une *annexe psychiatrique d'un établissement pénitentiaire* (il ne renvoie pas à l'art. 3, 4°, a)) – bien que cela n'empêche pas que des internés y séjournent, de manière légale, voire parfois, de manière illégale. La loi du 5 mai 2014 vise quatre cas de figure dans lesquels une personne internée peut se retrouver dans une annexe psychiatrique[1122] :

[1117] Il n'existe à proprement parler qu'un établissement de défense sociale, à Paifve en Wallonie, créé en 1972 (les hôpitaux psychiatriques de Tournai et Mons étaient anciennement aussi désignés comme « établissements de défense sociale », mais dès lors qu'ils ne sont actuellement plus organisés par l'autorité fédérale, ils ne sont plus qualifiés comme tels, mais comme hôpitaux psychiatriques sécurisés). L'EDS de Paifve est un établissement sécurisé organisé par l'autorité fédérale dont le régime se rapproche du régime carcéral (voy. le rapport du 17 septembre 2020 du Conseil central de surveillance pénitentiaire rédigé à l'issue de sa visite au sein de cet EDS, téléchargeable sur son site internet : https://ccsp.belgium.be/).

[1118] En Flandre, quatre prisons disposent d'une section de défense sociale, à savoir les prisons de Merksplas, de Turnhout, d'Anvers et le complexe pénitentiaire de Bruges ; il n'y en a pas, à ce jour, en Wallonie ou à Bruxelles.

[1119] En Flandre, deux centres de psychiatrie médicolégale (CPL ou « Forensisch Psychiatrische Centra » en néerlandais, ci-après « FPC ») ont été construits pour accueillir des internés : l'un à Gand qui a ouvert en novembre 2014 (264 places) et l'autre à Anvers qui a ouvert en août 2017 (180 places). Ces centres ne sont ni des prisons ni des hôpitaux psychiatriques, mais des centres fédéraux offrant des soins similaires à ceux des hôpitaux psychiatriques dans un cadre sécurisé. Le SPF Justice finance la fonction hôtel et sécurité tandis que le SPF Santé publique est compétent pour le traitement et les soins. Notons encore que leur construction et leur maintenance ont été confiées à des consortiums privés, dans le cadre de partenariats public-privé.

[1120] Il s'agit d'un établissement psychiatrique classique soit privé et subventionné, soit organisé par un pouvoir public qui est en mesure de dispenser les soins appropriés à la personne internée et qui a conclu un accord de coopération avec le ministre de la Justice et le ministre compétent pour les soins de santé (art. 3, 4°, d). À ce jour cependant, aucun accord n'a été conclu. Néanmoins, deux hôpitaux psychiatriques sécurisés en Wallonie disposent de places pour des internés placés : le Centre régional de soins psychiatriques Les Marronniers à Tournai, géré par la Région wallonne, et le centre hospitalier psychiatrique du Chêne aux Haies à Mons géré par l'intercommunale centre hospitalier universitaire Ambroise Paré.

[1121] Cass., 9 avril 2019 RG P.19.0273.N/1, *Pas.*, 2019, à sa date et Cass., 11 juin 2019, RG P.19.0524.N, *Pas.*, 2019, à sa date. Voy. également Cass., 23 avril 2019, RGP.19.0307.N2, *Rev. dr. pén. crim.*, 2020/9, p. 932.

[1122] Le passage en annexe psychiatrique d'une personne en détention préventive n'est pas envisagé ici car une décision d'internement n'est pas encore prise et définitive à ce stade.

- La première hypothèse est celle où le juge du fond a ordonné l'internement avec incarcération immédiate ou que la personne était déjà détenue, dans l'attente de la première décision prise par la CPS (art. 10 et 11 de la loi),
- La seconde hypothèse est celle où le ministère public procède à l'arrestation provisoire de la personne internée : dans ce cas, celle-ci restera à l'annexe psychiatrique de la prison le temps que la CPS se prononce sur la suspension et, en cas de suspension, sur la révocation de la modalité octroyée (libération à l'essai ou surveillance électronique) (art. 65, §1er de la loi),
- La troisième hypothèse est celle où la libération à l'essai ou la surveillance électronique de l'interné est suspendue : l'interné peut alors être détenu en annexe psychiatrique le temps de la suspension, qui peut durer maximum un mois (art. 61, § 2, de la loi),
- La quatrième hypothèse vise la situation où la CPS prononce l'internement d'un condamné dans l'attente que sa décision passe en force de chose jugée (art. 77/5 de la loi).

Une autre situation où l'on trouve des personnes internées en annexe psychiatrique renvoie à la première décision prise par la CPS dans le cas où elle décide du placement de l'interné et que ce lieu de placement est complet ; l'interné détenu est alors inscrit sur une liste d'attente et reste enfermé au sein d'une annexe psychiatrique dans l'attente de la libération d'une place dans l'établissement désigné par la CPS – cette situation étant illégale et ayant conduit à différentes décisions du juge des référés ordonnant le transfert d'internés vers le lieu désigné par la CPS sous menace d'astreinte[1123]. Notons encore qu'en cas de révocation de la libération à l'essai ou d'une surveillance électronique (art. 60, § 1er, al. 1er), un interné ne peut se retrouver en annexe psychiatrique. Or, pendant un certain temps, des internés ont été détenus en annexes psychiatriques de prison suite à une révocation de leur libération à l'essai ou de leur surveillance électronique, contrairement à ce que prévoit cet article 60. Cette détention illégale a fait l'objet d'une dizaine condamnations par le juge des référés[1124] et une plainte avec constitution de partie civile a été déposée par la Ligue des Droits Humains entre les mains d'un juge d'instruction bruxellois[1125]. Depuis mai 2020, cette pratique illégale a pris fin[1126].

e) Enfin vers une politique de soins pour les internés ?

Dès 1930, le statut « hybride » de la mesure d'internement, entre soin et sécurité, sera dénoncé. Un des problèmes majeurs du système est qu'en raison du manque de places dans les lieux d'internement, un nombre important d'internés séjournaient de façon prolongée dans les annexes psychiatriques des prisons, où la place faite au soin était totalement insuffisante.

La situation des internés dans les annexes psychiatriques des prisons a dès lors régulièrement été dénoncée par des instances nationales, européennes et internationales. En effet, la prison est tout sauf un lieu adapté pour apporter des soins à une personne souffrant d'un trouble

---

1123 Voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 8 août 2019, R.G. n° 19/78/C, inédit ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 novembre 2019, R.G. n° 19/124/C, inédit.

1124 Civ. Bruxelles (réf.), 17 juin 2019, R.G. 19/60/C, inédit ; Civ. Bruxelles (réf.), 8 août 2019, R.G. 19/78/C, inédit ; Mons (40ème chambre), 15 mai 2020 R.G. 2020/RF/3, inédit.

1125 Une plainte avec constitution de partie civile a été déposée entre les mains d'un juge d'instruction de Bruxelles par la Ligue des Droits Humains (LDH) en date du 5 novembre 2019. La LDH écrit dans cette plainte qu'elle a été avisée du fait que l'Etat belge poursuit la détention de nombreux internés à l'annexe psychiatrique de la prison de Saint-Gilles, lesquels se trouvent dans des situations prévues par la loi du 5 mai 2014 qui exclut la possibilité qu'ils soient détenus en annexe psychiatrique, notamment après révocation d'une libération à l'essai. La LDH souligne que cette infraction de détention arbitraire contrevient à son objet social et lui porte préjudice.

1126 N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, *op. cit*., p. 257.

mental, où le régime est centré sur le contrôle sécuritaire et non sur le traitement thérapeutique.

Depuis 1998, la Belgique a régulièrement été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, au point que la Cour a décidé de recourir à la procédure de l'arrêt pilote, en rendant un arrêt *W.D. c. Belgique* le 6 septembre 2016[1127]. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que la situation du requérant ne pouvait être dissociée du problème général qui tire son origine d'un « dysfonctionnement structurel » propre au système belge d'internement, qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes. Selon la Cour, la situation des internés séjournant en prison est constitutive d'une pratique incompatible avec la Convention. Elle a donc enjoint à l'Etat belge d'adopter les mesures appropriées en vue de mettre le système d'internement en conformité avec la Convention, dans les deux ans de la date à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif.

Cette situation a également fait l'objet de condamnations judiciaires au niveau belge, par la Cour constitutionnelle [1128] et le tribunal de première instance (plus de 350 internés ont demandé des dommages et intérêts à l'Etat belge[1129]).

C'est notamment dans ce cadre qu'il faut comprendre que dans le cadre de la réforme de la loi de 2014, la volonté du législateur était de faire du « trajet de soins » le pivot de l'exécution de la mesure d'internement, notamment en ne visant pas, parmi les lieux où les internés peuvent être placés, les annexes psychiatriques de prison. Cependant, force est de constater que cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi, les délais d'attente pour être transférés d'une annexe psychiatrique vers le lieu de placement désigné par la CPS sont encore très longs (parfois plusieurs années).

L'actuel ministre de la Justice, Vincent VAN QUICKENBORNE, dans son exposé d'orientation politique a rappelé avec force que « les internés n'ont pas leur place dans les prisons », et annoncé que la priorité pour les années à venir serait la construction de trois nouveaux centres de psychiatrie légale à Paifve, Wavre et Alost. Dans l'attente de l'érection de ces centres, il prévoit un investissement dans le personnel soignant des établissements et sections de défense sociale. On peut regretter que la priorité n'ait pas plutôt été donnée à la conclusion d'accords de coopération avec le secteur de la santé ou à la recherche de solutions pour aider les internés à sortir des structures fermées. On sait en effet que toute une série de personnes internées restent enfermées dans des centres sécurisés, non pas parce qu'elles présentent un profil dangereux, mais pour des raisons sociales (absence de titre de séjour rendant impossible de bénéficier d'une libération à l'essai, insuffisance de structures sociales ou d'hébergement adapté à l'extérieur, etc.). Par ailleurs, rappelons que figurent parmi les projets du ministre celui de prévoir un système de responsabilité atténuée partielle pour tous les crimes, et un « règlement pour les détenus qui ne sont pas totalement irresponsables pénalement mais qui présentent des troubles mentaux ou médicaux, qui ne sont pas d'une gravité telle qu'ils annihilent leur capacité de discernement ou de contrôle de leurs actes »[1130].

1127 Voy. à cet égard N. COLETTE-BASECQZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote *W.D. c. Belgique* sonne-t-il le glas de la détention des internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? », obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *W.D. c. Belgique*, 6 septembre 2016, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°113, 2018, pp. 213 – 239.

1128 C.C., 17 septembre 2009, n°142/2009, B.7.2 et B.7.3.

1129 Voy. par exemple, Anvers (2ème chambre), 14 décembre 2016, R.G. 2015/AR/2710, inédit ; Bruxelles (1ère chambre), 4 novembre 2019 R.G. 2017/AR/203, inédit ; Civ. Gand, 29 avril 2019, R.G. 18/2136/A, inédit.

1130 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl*., Ch., sess. ord. 2020-2021, n°55-1610/015 ; O. NEDERLANDT, « L'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice – Les volets pénal et pénitentiaire : une politique essentiellement sécuritaire et répressive », *J.T.*, 2021, pp. 192 – 195.

3. La minorité

a) Introduction historique

Une deuxième cause d'incapacité pénale réside dans l'état de minorité de l'auteur de l'infraction.

Le Code pénal de 1867 érigeait déjà expressément la minorité en cause de non-imputabilité lorsqu'elle s'accompagnait d'une absence de discernement. Les mineurs jouissant d'un discernement suffisant étaient jugés comme des adultes mais bénéficiaient d'une « excuse de minorité » diminuant la peine. Ceux auquels on reconnaissait une absence de discernement étaient purement et simplement acquittés.

Au début du 20ème siècle, la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, également fille de l'idéologie de la défense sociale, réforme le système. Elle fixe l'âge de la majorité pénale à 16 ans et introduit le principe d'une « justice des mineurs ». La difficulté posée par la notion de discernement ainsi que la volonté de protéger la société contre les « pépinières des classes dangereuses » favorisent l'adoption d'un modèle protectionnel axé sur l'éducation et le traitement, et fondé sur des « mesures de protection » pour les mineurs délinquants, prises pas une juridiction spécialisée.

Cinquante ans plus tard, la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse[1131] réforme la loi de 1912 et constitue une étape majeure dans la mise en place d'un véritable droit de la protection de la jeunesse. La loi envisage le cas du mineur délinquant mais aussi de certains mineurs non-délinquants, perçus les uns et les autres comme des « mineurs en danger » qu'il s'agit de protéger grâce à un filet de mesures de prévention et de protection. Par ailleurs, la loi fait coincider l'âge de la majorité pénale avec celle de la majorité civile, soit 18 ans[1132]. Lorsqu'un individu se déclare mineur d'âge, et qu'aucun document officiel ne permet d'établir son âge de manière certaine, il sera procédé à un examen osseux permettant de le déterminer[1133].

Depuis son entrée en vigueur, la loi de 1965 a connu d'importantes modifications, notamment à travers les lois du 15 mai 2006 et du 13 juin 2006[1134] qui lui ont donné son intitulé actuel :

1131 *M.B.*, 15 avril 1965. Au sujet de cette loi ainsi que des réformes réalisées ou projetées dont elles ont fait l'objet, *Voy.* M. VAN DE KERCHOVE, "Les mineurs à l'intersection de quatre modèles principaux d'intervention", *Van jeugbeschermingsrecht naar jeugdrecht ?, éd. Par C. Eliaerts et al., Anvers-Arnhem, Kluwer-Gouda Quint, 1991.*, pp. 205 et s. ; P. CORNELIS et P. RANS, « Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, pp. 1055 et s. ; Th. MOREAU, « La réforme de la loi du 8 avril 1965 », *J.D.J.*, n° 134, avril 1994, pp. 13 et s. ; P. RANS, « Les dispositions de droit matériel applicables aux mineurs ayant commis un fait qualifié infraction », *Ann. Dr.*, 1995, n° 3, pp. 239 et s.; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996 ; Th. MOREAU, « La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *Rev. int. dr. pén.*, 2004, n° 1-2, pp. 151 et s.; *Actualités en droit de la jeunesse*, sous la direction de Th. MOREAU, CUP, Bruxelles, Larcier, 2005.

1132 La compétence du tribunal de la jeunesse se détermine en fonction de l'âge du mineur au moment des faits même s'il est majeur au moment du jugement (Cass., 11 décembre 1991, *Pas*., 1992, p. 281).

1133 En tout état de cause, si cette allégation de minorité n'est pas dépourvue de toute crédibilité, il appartiendra au ministère public d'apporter la preuve que l'intéressé relève des juridictions pénales et non du tribunal de la jeunesse. Voy. Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, Bruxelles, La Charte, 2019, p. 187.

1134 À ce sujet, Voy. notamment Protection de la jeunesse. Formes et Réformes, sous la direction de J. CHRISTIAENS, D. DEFRAENE et I. DELENS-RAVIER, Bruxelles, Bruylant, 2005; Loi du 8 avril 1965. Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage commis par ce fait (J.D.J., n° 258, supplément, 2006), textes coordonnés et commentés d'A. DE TERWANGNE ; Th. MOREAU, « La réforme de la protection de la jeunesse. Analyse des dispositions entrées en vigueur le 16 octobre 2006 », *J.D.J.*, n° 260, 2006, pp. 4 et s. ; Th. MOREAU, *La réforme de la protection de la jeunesse. Analyse des dispositions entrées en vigueur le 16 octobre 2006*, CUP, vol. 91, Bruxelles, Larcier, 2006 ; Th. MOREAU et S. BERBUTO, *Réforme du droit de la jeunesse. Questions spéciales*, CUP, vol. 97, Anthémis, 2007 ; La réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Premier bilan et perspectives d'avenir. Actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2007, sous la direction de Th. MOREAU, I. RAVIER et B. VAN KEIRSBILCK, Liège, Ed. Jeunesse et droit, 2007 ; M. PREUMONT, *Mémento du droit de la jeunesse 2019*, Waterloo, Kluwer, 2019.

Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage commis par ce fait[1135].

Par ailleurs, depuis la fin des années 1990, le régime des « mineurs non délinquants » et celui des mineurs ayant commis un ou plusieurs « faits qualifiés infraction » ont été à nouveau séparés[1136]. En conséquence, le droit de la protection de la jeunesse se divisait en deux grands volets. La matière relative aux « mineurs en danger » non délinquants était régie en grande partie par trois textes communautaires[1137], alors que le volet « mineur délinquant » restait régi par la loi du 8 avril 1965.

Une réforme d'ampleur est cependant à nouveau en cours. À la suite de la 6ème réforme de l'Etat, l'exception relative à « la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction » a disparu de l'article 5, -1er de la loi du 8 août 1980, de sorte que l'intégralité du volet « mineur délinquant » est maintenant communautarisé, à l'exception des règles applicables aux mineurs dessaisis[1138].

Concrètement, à l'heure actuelle, la plupart des dispositions de la loi de 1965 ne sont plus en vigueur en Flandre et en Wallonie, la matière étant essentiellement régie par le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse du 18 janvier 2018[1139] et le Décret flamand sur le droit en matière de délinquance juvénile du 15 février 2019[1140].

En ce qui concerne Bruxelles, l'Ordonnance relative à l'aide et à la protection de la jeunesse de Commission communautaire commune du 16 mai 2019[1141] n'est pas encore entrée en vigueur, de sorte que la loi du 8 avril 1965 1965 reste d'application à Bruxelles. Il en va de même en Communauté germanophone, dans l'attente de l'adoption d'un nouveau texte communuataire.

Ces nouveaux textes remplacent en très grande partie la loi du 8 avril 1965 et abrogent les textes communautaires antérieurs[1142].

b) Le principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs et ses exceptions

1. Le principe (art. 100*ter* C.P.)

L'article 100*ter* du Code pénal, inséré par la loi du 28 novembre 2000, consacre le principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs de moins de 18 ans, tirée de son absence présumée de

---

1135 Par deux arrêts importants rendus en 2008, la Cour constitutionnelle a annulé plusieurs dispositions de la loi de 2006 (C.C., 13 mars 2008, n° 49/2008 et C.C. 13 mars 2008, n° 50/ 2008).

1136 La loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 a inséré la protection de la jeunesse dans la liste des matières personnalisables. Elle a toutefois prévu que feraient exception, la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction.

1137 Il s'agit, en Communauté française, du Décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse (*M.B.*, 12 juin 1991), en Communauté germanophone, du Décret du 14 mai 2009 relatif à l'aide à la jeunesse et à la protection de la jeunesse (*M.B.,* 22 octobre 2009) et en Communauté flamande, du Décret du 12 juillet 2013 de l'Autorité flamande relatif à l'aide intégrale à la jeunesse (*M.B.*, 13 septembre 2013).

1138 Sur ce sujet, voir *infra* pt 2.2.2.

1139 *M.B.*, 3 avril 2018. Ci-après dénommé « Code wallon ».

1140 *M.B.*, 26 avril 2019. Ci-après dénommé « Décret flamand ».

1141 *M.B.*, 5 juin 2019. Ci-après dénommé « Ordonnance bruxelloise »

1142 Voy. notamment M. PREUMONT, « Le code en question. D'où viens-je ? Où suis-je ? Où vais-je ? », in *X., Le code de l'aide et de la protection de la jeunesse. Connaître et analyser les changements*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 41 et s.

discernement. La loi soustrait donc les mineurs de moins de 18 ans à l'application de la loi pénale[1143].

En conséquence, un mineur d'âge ne commet pas une infraction mais un « fait qualifié infraction ». De même, il n'est pas soumis à une ou plusieurs peines mais à une ou plusieurs « mesures de garde, de préservation ou d'éducation » ordonnée(s) par un juge spécialisé, le juge de la jeunesse[1144].

Le principe est donc l'exclusion du champ pénal de tout individu qui aurait commis un acte pénalement répréhensible avant l'âge de 18 ans et l'application à ce dernier d'un régime protectionnel. Ce principe connaît cependant trois exceptions :

2. Première exception : les infractions aux dispositions des lois et règlements sur la police du roulage (art. 36*bis* Loi 1965)

L'article 36*bis* de la loi du 8 avril 1965 prévoit que, sauf en cas de connexité avec des poursuites du chef d'autres infractions, les juridictions de droit commun sont compétentes pour connaître des infractions commises par des mineurs de plus de 16 ans :

- Aux dispositions des lois et règlements sur la police du roulage ;
- Aux articles 418, 419 et 420 du Code pénal (homicide et lésions corporelles involontaires) qui seraient connexes à une infraction de roulage ;
- À la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.

L'article 36*bis*, al.2 prévoit néanmoins que « si les débats devant ces juridictions font apparaître qu'une mesure de garde, de préservation ou d'éducation serait plus adéquate en la cause, ces juridictions peuvent par décision motivée se *dessaisir* et renvoyer l'affaire au ministère public aux fins de réquisitions devant le tribunal de la jeunesse, s'il y a lieu ».

Cette exception est reprise telle quelle dans les trois nouveaux textes adoptés par les entités fédérées (article 5 du Décret flamand, article 56 du Code wallon et article 19 de l'Ordonnance bruxelloise).

3. Deuxième exception : le dessaisissement (art. 57*bis* loi de 1965)

L'article 57*bis* de la loi de 1965[1145] prévoit que :

> *§1er Si la personne déférée au tribunal de la jeunesse en raison d'un fait qualifié infraction était âgée de seize ans ou plus au moment de ce fait et que le tribunal de la jeunesse estime inadéquate une mesure de garde, de préservation ou d'éducation, il peut, par décision motivée, se dessaisir et renvoyer l'affaire au ministère public aux fins de poursuite[…]*[1146].

1143 Voy. Cass., 11 mars 2009, *Rev. dr. pén. crim*., 2009, n° 6, pp. 748 et s.

1144 Sur les différentes mesures pouvant être prise par le Tribunal de la jeunesse à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, voir *infra* pt 2.4.

1145 L'article 57*bis* a été inséré par la loi du 13 juin 2006. Avant cette réforme, la matière était visée aux articles 38 et 50, §2 de la loi du 8 avril 1965, abrogés en 2006.

1146 Le ministère public peut en effet encore décider de classer le dossier sans suite, de proposer une mesure extra-judiciaire (médiation pénale), de citer directement ou de saisir un juge d'instruction avec demande de mandat d'arrêt.

a) L'article 57*bis* prévoit donc que, confronté à un mineur ayant commis un fait qualifié infraction agé de plus de 16 ans au moment des faits, le tribunal de la jeunesse, s'il estime que les mesures de garde, de préservation ou d'éducation dont il dispose sont inadéquates, peut renvoyer le mineur devant le ministère public aux fins de poursuites éventuelles[1147] :

- soit, si la personne concernée est soupçonnée d'avoir commis un délit ou un crime correctionnalisable, devant une chambre spécifique[1148] au sein du tribunal de la jeunesse qui applique le droit pénal commun et la procédure pénale commune ;

- soit, si la personne est soupçonnée d'avoir commis un crime non correctionnalisable, devant une cour d'assises composée conformément aux dispositions de l'article 119, alinéa 2, du Code judiciaire (soit deux magistrats ayant suivi la formation requise pour exercer les fonctions de juge au tribunal de la jeunesse).

Il s'agit dès lors pour le tribunal de la jeunesse de constater l'absence d'impact sur le jeune de l'ensemble des mesures protectionnelles ordonnées et de le renvoyer devant une juridiction spécifique, qui lui appliquera le droit pénal et le droit de la procédure pénale. Partant, s'il se dessaisit, le tribunal de la jeunesse ne se prononce pas sur la culpabilité du jeune quant au faits qualifiés infraction pour lesquels il est poursuivi[1149].

Cette possibilité de dessaisissement et ses deux conditions de base (mineur de plus de 16 ans, inadéquation des mesures), sont maintenues telles quelles dans les trois nouveaux textes adoptés par les entités fédérées (qui laissent donc subsister la première partie de l'article 57*bis* relative au renvoi devant la chambre spécifique ou la Cour d'assises).

b) Cependant, l'article 57*bis* assortit le dessaisissement d'autres conditions qui, elles, ont été partiellement modifiées par les décrets et ordonnance des entités fédérées (article 38 du Décret flamand, article 125 du Code wallon et article 89 de l'Ordonnance bruxelloise)[1150].

L'article 57*bis* de la loi du 8 avril 1965 stipule en outre que le dessaisissement ne peut intervenir qu'aux conditions supplémentaires suivantes :

1) Le mineur doit entrer dans l'une des deux catégories suivantes :
   - **soit** il a déjà fait l'objet d'une ou de plusieurs mesures de garde, de préservation et d'éducation, ou d'une offre restauratrice
   - **soit** il s'agit d'un fait visé aux articles 373, 375, 393 à 397, 400, 401, 417*ter*, 417*quater*, 471 à 475 du Code pénal ou de la tentative de commettre un fait visé aux article 393 à 397 du Code pénal (art. 57*bis*, § 1er)[1151].

1147 Le ministère public peut en effet encore décider de classer le dossier sans suite, de proposer une mesure extra-judiciaire (médiation pénale), de citer directement ou de saisir un juge d'instruction avec demande de mandat d'arrêt.

1148 Si la réforme dite « Pot-Pourri I » avait fait disparaitre cette exigence, la loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social (*M.B.*, 24 mai 2019) a réinstauré l'exigence de collégialité et de mixité de la chambre spécifique du Tribunal de la jeunesse qui doit dès lors à nouveau être composée d'un magistrat siégeant en matière correctionnelle et de deux magistrats ayant suivi la formation de juge au Tribunal de la jeunesse.

1149 Liège (jeun.), 5 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, liv. 25, p. 1164, note C. DELBROUCK.

1150 Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, *op. cit.*, pp. 188 et s.

1151 Voy. notamment G. ROBESCO, « Le dessaisissement et les limites de la protection de la jeunesse », *Protection de la jeunesse. Les défis d'une réforme*, *op. cit.*, pp. 159 et s.; T. HENRION, « La nouvelle procédure de dessaisissement », *J.D.J.*, 2007, n° 268, pp. 22 et s.; P. RANS, « Le dessaisissement et ses suites », *J.D.J.*, 2007, n° 268, pp. 30-37, et le rapport du Délégué général de la communauté française aux droits de l'enfant, *Quel avenir pour les jeunes dessaisis?*, novembre 2012 ; P. RANS, « Les mesures de garde et d'éducation pour les mineurs poursuivis du chef d'un fait qualifié infraction », in *X., Le code de l'aide et de la protection de la jeunesse. Connaître et analyser les changements*, *op. cit.*, pp. 192 et C. MOREAU et Th. MOREAU, « L'exécution des mesures d'aide et de protection de la jeunesse en Communauté française », In *X., Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, sous la coordination de H.-D. BOSLY et C. DE VALKENEER, Larcier, Bruxelles, 2021, pp. 385 et s.

Ces conditions ont trait aux antécédents judiciaires du mineur ou au type d'infractions qu'il a commises. Si les trois textes communautaires maintiennent ces deux conditions dans leur principe, ils en modifient cependant sensiblement le contenu, dans un sens qui rend plus difficile ou limite le déssaisissement. Ainsi, alors que l'article 57*bis* envisage ces conditions comme *alternatives* l'une à l'autre, les trois textes communautaires en font des conditions *cumulatives*[1152].

2) Sauf exceptions[1153], le tribunal de la jeunesse ne peut se dessaisir qu'après avoir fait procéder à une étude sociale **et** à un examen médico-psychologique qui a pour but "d'évaluer la situation en fonction de la personnalité de la personne concernée et de son entourage, ainsi que du degré de maturité de la personne concernée" (art. 57*bis*, § 2). Le tribunal fonde sa décision sur ces critères (personnalité du mineur, personnalité de son entourage et degré de maturité du mineur) (art. 57*bis*, §1er, al. 2).

Les trois textes communautaires reprennent également cette double exigence. Mais le critère de la « personnalité de l'entourage » a disparu des textes bruxellois et wallon.

Au final, si les deux premières conditions de base du dessaisissement (l'âge du mineur et l'inadéquation des mesures protectionnelles) demeurent inchangées dans les trois textes communautaires, ceux-ci divergent désormais sensiblement quant aux conditions liées aux antécédents du jeune, au type d'infractions pour lesquelles le dessaisissement peut être ordonné ainsi qu'aux critères de l'examen medico-psychologique. On constate donc que le

---

1152 Globalement, les conditions ont été modifiées dans le sens d'une limitation plus stricte des hypothèses pouvant mener à une décision de dessaisissement. Par ailleurs, ces conditions seront dorénavant cumulatives.
Ainsi, pour être dessaisi, l'article 125 du Code wallon prévoit que le jeune concerné devra cumulativement *a*) avoir déjà fait l'objet d'une mesure d'hébergement en institution publique en régime fermé pour un fait antérieur déclaré établi par jugement définitif ; *b*) être poursuivi, soit pour un fait consistant en une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui, punissable d'une peine d'emprisonnement correctionnel principal de cinq ans ou une peine plus lourde ; soit pour un fait qualifié de violation grave du droit international humanitaire ou un fait qualifié infraction terroriste, punissable d'une peine d'emprisonnement correctionnel principal de cinq ans ou d'une peine plus lourde. L'article 125, 1er, al.3 prévoit néanmoins trois hypothèses dans lesquelles la première condition ne devra pas être remplie, à savoir : lorsque le fait pour lequel le jeune est poursuivi est un fait punissable d'une peine de réclusion de dix à quinze ans ou d'une peine plus lourde ; lorsque le jeune ne collabore pas aux mesures provisoires ou s'y soustrait ; lorsque l'âge du jeune au moment du jugement qui n'est pas dû à la durée anormalement longue de la procédure, rend inopérant le recours à une mesure de protection.
L'article 38 §2 du Décret flamand prévoit quant à lui que le mineur devra, cumulativement, *a)* avoir fait l'objet d'une ou plusieurs sanctions visées aux articles 35, 36 et 37 et, *b)* être soupçonné d'avoir commis un fait visé aux articles 373, 375, 393, 394, 395, 396, 397, 400, 401, 417*ter*, 417quater, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474 et 475 du Code pénal ou une tentative de commettre un fait tel que visé aux articles 393, 394, 395, 396 et 397 du Code pénal. Ce même article stipule que ces conditions ne devront pas être remplie si le mineur est suspecté d'avoir commis un fait tel que visé aux articles 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 137, 140 et 141 du Code pénal qui, s'il avait été commis par un majeur, serait passible d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans ou d'une peine plus lourde.
Enfin, l'article 89 de l'Ordonnance bruxelloise prévoit que le mineur devra, cumulativement, a) avoir fait l'objet d'une ou plusieurs mesures prononcées par ordonnance ou par jugement visées aux articles 64, alinéa 3, 2° à 10° ou 77, alinéa 3, 3° à 15° ou a vu son projet visé à l'article 58 homologué et b) être poursuivi pour un fait constituant au sens du Code pénal et des lois particulières, soit un atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui qui, s'il avait été commis par une personne majeure, aurait été de nature à entrainer, en vertu du Code pénal ou des lois particulières, une peine de réclusion de 5 ans ou une peine plus lourde ; soit en un fait qualifié infraction terroriste ou de violation grave du droit international humanitaire de nature à entrainer, en vertu du Code pénal ou des lois particulières, une peine de réclusion de 5 ans ou une peine plus lourde ; soit en un fait punissable de la peine de la réclusion de 10 à 15 ans ou d'une peine plus lourde. Il peut être dérogé à ces conditions cumulatives si, le fait, s'il avait été commis par une personne majeure, était passible d'une peine de réclusion de 15 à 20 ans ou était constitutive d'une infraction terroriste ou de violation grave du droit international humanitaire qui, s'il avait été commis par une personne majeure, était passible d'une peine de 10 à 15 ans d'emprisonnement ou d'une peine plus lourde.
L'exigence de réalisation d'une étude sociale et d'un examen médicopsychologique préalablement au dessaisissement est également toujours présente dans les textes communautaires mais les hypothèses dans lesquelles le tribunal peut passer outre cette exigence ont été modifiées (voir art. 38, §3 du Décret flamand, art. 125, §2 du Code wallon et art.89, §2 de l'Ordonnance bruxelloise).
Il est à noter que toutes les règles de procédure ainsi que toutes les règles relatives à l'exécution de la décision de dessaisissement relèvent de la compétence des autorités fédérales, de sorte que les dispositions y relatives de la loi du 8 avril 1965 restent d'application.

1153 L'article 57*bis*, §2 de la loi du 8 avril 1965 prévoit que le Tribunal de la jeunesse statuer sur une demande de dessaisissement sans examen médico-psychologique si l'intéressé s'y est soustrait. Il peut également prendre la même décision sans rapport d'étude sociale et sans examen médico-psychologique dans deux hypothèses s'il s'agit (I) d'un jeune qui a déjà fait l'objet d'une mesure par jugement pour un fait visé aux articles 323, 373 à 378, 392 à 394, 401 et 468 à 476 du Code pénal, commis après qu'il ait atteint l'âge de 16 ans et qu'il est poursuivi pour un nouveau fait ou s'il s'agit (II) d'un jeune poursuivi après 18 ans pour un crime puni de plus de 20 ans de réclusion, commis après qu'il ait atteint l'âge de 16 ans.

régime du dessaisissement n'est plus tout à fait identique dans les différentes Communautés du pays[1154].

c) Enfin, il faut mentionner que l'article 57*bis*, §5 de la loi du 8 avril 1965 prévoit que « toute personne qui a fait l'objet d'une décision de dessaisissement prononcée en application du présent article devient, à compter du jour ou cette décision est devenue définitive[1155], justiciable de la juridiction ordinaire pour les poursuites relatives aux faits commis après le jour de la citation de dessaisissement ». Cette possibilité de dessaisissement « automatique » a toutefois disparue des textes communautaires, de sorte qu'un nouveau passage devant le tribunal de la jeunesse et une nouvelle procédure de dessaisissement sont exigés pour tout nouveau fait qualifié infraction.

4. Troisième exception : les sanctions administratives (art. 38*bis* loi de 1965)

L'article 38*bis* de la loi du 8 avril 1965 ((non abrogé par les nouvelles dispositions communautaires) prévoit deux situations où les mineurs de moins de 18 ans peuvent faire l'objet de sanctions administratives :

4.1. *Les sanctions administratives communales*

La loi du 30 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales autorise l'application de sanctions administratives (amende ou prestation citoyenne), aux mineurs ayant atteint l'âge de 14 ans accomplis au moment des faits, en cas d'infraction aux règlements ou ordonnances adoptés par le conseil communal (art. 14 et s.).

Si le conseil communal prévoit une procédure de médiation dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées, cette procédure est obligatoire au cas où elle se rapporte aux mineurs ayant atteint l'âge de 14 ans au moment des faits (art. 18).

4.2. *Les sanctions administratives prises en exécution de la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football*

La loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football prévoit également que les mineurs ayant atteint l'âge de 14 ans accomplis au moment des faits peuvent faire l'objet d'une interdiction administrative temporaire de stade en cas d'infraction à la loi (art. 24*quater*).

Dans ces deux hypothèses, le tribunal de la jeunesse connaît des recours contre les décisions imposant des sanctions administratives à l'égard de mineurs (art. 36).

c) L'extension de l'application des mesures protectionnelles au-delà de la majorité

1154 En ce qui concerne la procédure de dessaisissement et les conditions d'application prévues par les différents textes communautaires, la Cour constitutionnelle a rappelé que le dessaisissement n'étant pas une peine, ces dispositions s'apparentaient à des règles de procédure et étaient d'application immédiate, de sorte qu'un mineur peut être dessaisi, après l'entrée en vigueur du texte, pour un fait qualifié infraction commis avant celle-ci (C. C. n° 112/2020, 27 juillet 2020).

1155 Par décision devenue définitive au sens de l'article 57*bis*, §5 de la loi du 8 avril 1965, il y a lieu d'entre coulée en force de chose jugée à distinguer le la notion de décision définitive au sein de l'article 420 du Code pénal. L'article 57*bis* ne permet donc le dessaisissement automatique qu'après que la première décision de dessaisissement ne soit plus susceptible d'un pourvoi en cassation. Voy. P. CORNELIS et P. RANS, « Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *R.D.P.C.*, 1994, p. 1079.

La loi du 8 avril 1965 prévoit que, dans certaines hypothèses déterminées et sous certaines conditions, le juge de la jeunesse peut ordonner la prolongation des mesures protectionnelles au-delà de la majorité de l'intéressé, et ce pour un délai ne pouvant dépasser l'âge de 20 ans (37, §3, al. 2, 1° et 2°) [1156]. Les nouvelles dispositions communautaires maintiennent la possibilité de soumettre un jeune à des mesures protectionnelles au-delà de sa majorité mais sous des formes très différentes. Le Décret flamand prévoit que les mesures protectionnelles peuvent d'office être ordonnée jusqu'à l'âge de 23 ans, sans qu'il y ait besoin de prolongation (art. 6). Il prévoit en outre une possibilité de prolonger un placement en régime fermé jusqu'à 25 ans ainsi qu'une mise à disposition du tribunal de la jeunesse jusqu'à 25 ans également (art. 37, §3 et §8). Le Code wallon permet une prolongation des mesures jusque 23 ans (art. 78, §3, 1°) et l'Ordonnance bruxellois maintient une possibilité de prolongation jusqu'à 20 ans (art. 110, §§2-4).

Cette prolongation des mesures protectionnelles au-delà de la majorité ne soustrait en aucune manière le jeune au système pénal pour les faits qu'il aurait commis à partir du jour de ses 18 ans. Il n'est dès lors pas exclu qu'un jeune majeur dépende encore d'un juge de la jeunesse alors qu'il a déjà été condamné par une juridiction répressive en tant que majeur.

d) Les mesures de garde, de préservation ou d'éducation

La loi du 8 avril 1965 énumère l'ensemble des mesures de garde, de préservation ou d'éducation qui peuvent être prises à l'encontre d'un mineur. Avec le temps, le panel de ces mesures s'est très largement diversifié, et tout particulièrement à travers les lois du 15 mai 2006 et du 13 juin 2006[1157].

Les mesures applicables aux jeunes ayant commis un fait qualifié infraction restent dans les grandes lignes identiques dans le nouveau Décret flamand, le Code wallon et l'Ordonnance bruxelloise. Elles divergent cependant très sensiblement en ce qui concerne leurs conditions d'application et leur durée[1158].

1. Les mesures relevant de la compétence du parquet

Outre ses compétences en matière de classement sans suite et de saisine du tribunal de la jeunesse, le procureur du Roi se voit attribuer la compétence de prendre les mesures suivantes :

1156 L'art. 37, §3, al. 2, 1° et 2° de la loi du 8 avril 1965 prévoit que :
1° à la requête de l'intéressé ou, en cas de mauvaise conduite persistante ou de comportement dangereux de l'intéressé, sur réquisition du ministère public, une prolongation de ces mesures peut être ordonnée, par jugement, pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra l'âge de vingt ans. Le tribunal est saisi de la requête ou de la réquisition dans les trois mois précédant le jour de la majorité e l'intéressé ;
2°Ces mesures pourront être ordonnées par jugement pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra vingt ans, lorsqu'il s'agit de personnes qui ont commis un fait qualifié infraction après l'âge de 16 ans.

1157 Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1467/001, p. 5. On a même pu dire que "c'est peut-être la principale finalité visible de cette réforme".

1158 Par souci de lisibilité et de concision, l'ensemble des mesures prévues par ces différents textes ne seront pas reprises in extenso. Pour le détail de celles-ci, il peut être renvoyé au cours de Droit de la protection de la jeunesse. Sur cette question, voy. également : H. BELGUENANI et X. VANDERSMISSEN, « Les conditions de placement en insitution publique de protection de la jeunesse (IPPJ) », in *X., Les jeunes et le droit. Approche pluridisciplinaire*, Anthémis, Limal, 2017, pp. 225 et s. ; S. BERBUTO, « Les mesures applicables aux mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction (nouvelles mesures applicables ; critères de choix ; l'absence de gradation ; motivation des décisions judiciaires) », in *X., Protection de la jeunesse. Les défis d'une réforme*, Larcier, Bruxelles, pp. 107 et s. ; P. RANS, « Les mesures de garde et d'éducation pour les mineurs poursuivis du chef d'un fait qualifié infraction », in *X., Le code de l'aide et de la protection de la jeunesse. Connaître et analyser les changements*, *op. cit.*, pp 163 et s. et C. MOREAU et Th. MOREAU, « L'exécution des mesures d'aide et de protection de la jeunesse en Communauté française », *op. cit.*, pp. 341 et s.

- La proposition de stage parental [1159] ;
- L'avertissement écrit et le rappel à la loi [1160] ;
- La proposition de médiation[1161].

Il s'agit là de modalités susceptibles d'accompagner un classement sans suite[1162].

2. Les mesures relevant de la compétence du tribunal de la jeunesse

La loi du 8 avril 1965 énumère les différentes mesures susceptibles d'être ordonnées par le tribunal de la jeunesse.

2.1. Les mesures extrajudiciaires[1163]

- La médiation
- La concertation restauratrice en groupe[1164]

L'existence d'une procédure de médiation ou d'une concertation restauratrice en groupe ainsi que son aboutissement éventuel obligent le tribunal de la jeunesse à en tenir compte dans sa décision[1165]. Elle ne met donc pas fin à la procédure.

2.2. Le projet écrit du jeune[1166]

Le projet écrit proposé par le mineur doit également être considéré avant qu'une autre mesure puisse être imposée. Contrairement aux deux offres restauratrices, l'exécution de ce projet écrit, met fin à la procédure si son exécution semble satisfaisante.

2.3. Les mesures de garde, de préservation et d'éducation *sensu stricto*

Les mesures de garde, de préservation et d'éducation peuvent[1167] être imposées par le tribunal sans l'accord du mineur et peuvent être ordonnées de manière cumulative[1168].

1159 Cette possibilité prévue à l'article 45*bis* de la loi du 8 avril 1965 a disparu des nouveaux textes communautaires. Elle n'aura par ailleurs, jamais été mise en œuvre.

1160 Voir article 45*ter* de la loi du 8 avril 1965, repris aux articles 9 et 10 du Décret flamand, 95 et 96 du Code wallon et 23 à 25 de l'Ordonnance bruxelloise.

1161 Voir article 45*quater* de la loi du 8 avril 1965, repris aux articles 12 du Décret flamand, 97 du Code wallon et 26 à 32 de l'Ordonnance bruxelloise.

1162 Il est à noter que le Décret flamand prévoit également la mise en place d'une mesure de probation (article art. 11) et que l'Ordonnance bruxelloise crée une possibilité de soutien à la parentalité (art. 33).

1163 Ces deux mesures prévues par l'article 37*bis* de la loi du 8 avril 1965 sont reprises sous le vocable Offres réparatrices dans les trois textes communautaires (voir article 22 du Décret flamand, les articles 115 et suivants du Code wallon et les articles 50 et suivants de l'Ordonnance bruxelloise).

1164 Ces offres restauratrices doivent être privilégiées par le Tribunal de la jeunesse, et ce non seulement dans objectif de réparation du préjudice subi par la victime mais également de restauration du lien et de la communication. Ces mesures supposent que la ou les victimes des faits qualifiés infractions dont le mineur est suspecté aient été identifiées. La loi encadre ces deux mesures de conditions strictes et d'une procédure claire dans le cadre de laquelle le mineur prend une part active et doit marquer son accord.

1165 Article 37quinquies, §§ 2 et 3 de la loi du 8 avril 1965 repris aux articles 22, §10 du Décret flamand, 117, §1er, al. 6 du Code wallon et 55, al. 2 de l'Ordonnance bruxelloise.

1166 Article 37, §2, al. 3 et §2ter de la loi du 8 avril 1965, repris par les 33 du Décret flamand, 118 du Code wallon et 56 de l'Ordonnance bruxelloise.

1167 Le tribunal de la jeunesse n'a aucune obligation de prendre un ou plusieurs mesures à l'encontre d'un mineur. Toutes les mesures sont facultatives. (voy. M. PREUMONT, *Mémento du droit de la jeunesse 2019*, *op. cit*., p. 203).

1168 La Cour constitutionnelle a considéré que, vu que chaque mesure, considérée séparément, doit être réputée avoir été prise dans l'intérêt du mineur et être motivée, « il n'y a pas de raison d'admettre qu'un éventuel cumul de mesures ne servirait pas l'intérêt du mineur » (C.C., 13 mars 2008, n° 49/2008, considérant B.15.2).

Parmi la panoplie de mesures à sa disposition, le tribunal doit avoir égard à un ordre de priorité établi en fonction de la gravité de la mesure. Partant, le maintien dans le milieu de vie doit être privilégié par rapport au placement, de même que le placement en régime ouvert doit être préféré au placement en milieu fermé[1169]. Ce principe de subsidiarité est également prévu par les différents textes communautaires.

Ces mesures peuvent être détaillées de la manière suivante :

- Les mesures impliquant le maintien du mineur dans son milieu de vie[1170] :
    - La réprimande ;
    - La surveillance ;
    - L'accompagnement éducatif intensif ;
    - Les prestations éducatives et d'intérêt général ;
    - Le traitement ambulatoire.

- Les mesures impliquant un éloignement du mineur de son milieu de vie[1171] :

    - Le placement auprès d'une personne morale proposant l'encadrement ou la réalisation d'une prestation consistant en une formation ou en la participation à une activité organisée ;
    - Le placement chez une personne digne de confiance ou dans un établissement approprié ;
    - Le placement dans une institution communautaire publique de protection de la jeunesse (IPPJ) (dans le respect des critères visées à l'art. 37, § 2*quater* et en précisant si le régime éducatif ouvert ou fermé) ;
    - Le placement dans un service hospitalier ;
    - Le placement résidentiel dans un service compétent en matière d'alcoolisme, de toxicomanie ou de toute autre dépendance ;
    - Le placement résidentiel dans une section ouverte ou fermée d'un service pédopsychiatrique en application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, conformément à l'article 43.

2.4. La durée des mesures

1169 Th. MOREAU, « La réforme de la protection de la jeunesse », *op. cit.*, p. 18 : « Les auteurs de la réforme ont ainsi expressément affirmé qu'il existait une hiérarchie entre les mesures, certaines étant plus 'graves' que d'autres ». Cette hiérarchie n'est cependant pas fonction de la gravité des faits mais des objectifs assignés à la mesure.

1170 Les mesures impliquant le maintien du jeune dans son milieu de vie inscrites à l'articles 37, §2 de la loi du 8 avril 1965 sont reprises aux articles 31 à 34 du Décret flamand, 119 à 121 du Code wallon et 77, al. 3, 1°-10° de l'Ordonnance bruxelloise. Il est à noter que l'Ordonnance bruxelloise prévoir également la possibilité d'ordonner la réalisation d'un certain nombre d'heures de travail rémunéré (permettant l'indemnisation des éventuelles victimes).

1171 Les mesures impliquant l'éloignement du jeune de son milieu de vie sont énumérées à l'article 37 de la loi du 8 avril 1965 et reprises aux articles 20 et 35 à 37 du Décret flamand, 122 à 124 du Code wallon et 64 et 77 de l'Ordonnance bruxelloise. Si le type de mesures d'éloignement reste globalement de même nature des différences notables sont à souligner entre les trois textes adoptés par les entités fédérées. Ainsi, le décret flamand fait quasiment disparaitre le placement en IPPJ en régime ouvert au profit du placement en régime fermé. Il rallonge également sensiblement les durées de placement et instaure une possibilité de placement jusqu'à 25 ans ainsi qu'une mise à disposition du tribunal de la jeunesse. Du côté wallon, la tendance est plutôt à l'assouplissement dans la mesure où le texte prévoit explicitement l'exclusion des jeunes souffrant d'un handicap mental ou d'un trouble mental du placement en IIPJ et rehausse l'âge minimum pour le placement en IPPJ, régime ouvert, de 12 à 14 ans tout en durcissant les conditions d'application du placement, qu'il s'agisse d'un placement en régime ouvert ou fermé. L'Ordonnance bruxelloise va également dans le sens d'un durcissement des conditions de placement en IPPJ dans la mesure où elle exclu toute une série de faits qualifiés infraction du champ du placement en régime ouvert et rehausse également l'âge minimum du placement en régime ouvert de 12 à 14 ans. L'ordonnance bruxelloise est cependant la seule à maintenir une possibilité de placement avec sursis, laquelle a totalement disparu des textes wallon et flamand.

En règle générale, à l'exception de la réprimande, les mesures de garde, de préservation et d'éducation sont décidées pour une durée déterminée et doivent être réexaminées en vue d'être confirmées, rapportées ou modifiées avant l'expiration du délai d'un an[1172].

Cependant, en cas de placement d'un mineur dans une institution communautaire publique de protection de la jeunesse, la mesure de placement doit être réexaminée dans un délai plus court. Ce délai était fixé à six mois dans la loi du 8 avril 1965 mais, tant les délais de révision que les conditions de prolongation de ces mesures de placements, font maintenant l'objet de dispositions très divergentes d'une communauté à l'autre[1173].

En ce qui concerne les mesures de protection dans un service psychiatrique, leur durée et les procédures susceptibles d'y mettre fin varient selon le cas. La mesure de mise en observation ne peut dépasser quarante jours, mais peut prendre fin avant l'expiration de ce délai sur décision du tribunal de la jeunesse, du procureur du Roi ou du médecin-chef du service. La mesure de maintien, quant à elle, est fixée par le tribunal de la jeunesse et ne peut dépasser deux ans.

Cette mesure peut cependant être renouvelée pour une même durée. En revanche, elle peut prendre fin, avant ce délai, sur décision du médecin-chef du service ou du tribunal de la jeunesse. Le tribunal de la jeunesse a dorénavant l'obligation de procéder tous les six mois au moins à la révision de la décision de maintien d'un mineur (art. 22, al. 6 de la loi du 26 juin 1990). Par ailleurs, la décision du médecin-chef de service de lever la mesure d'observation ou de maintien n'est exécutée qu'après un délai de cinq jours ouvrables à compter du jour où le tribunal de la jeunesse en est informé, délai dans lequel le tribunal statue sur toute autre mesure qu'il juge utile[1174].

4. L'erreur et l'ignorance invincibles

L'erreur et l'ignorance invincibles sont des causes de non-imputabilité qui affectent la conscience qu'a le sujet de commettre une infraction. C'est, dans le chef de l'agent, l'exercice de sa faculté de *connaître* la portée exacte des actes qu'il pose qui est affectée. L'auteur commet une infraction sans le savoir, par défaut d'information ou erreur d'appréciation.

Dans certains cas, l'erreur ou l'ignorance peuvent donc constituer une cause de non-imputabilité. La différence entre l'erreur et l'ignorance est une question de degré : l'ignorance est l'absence de tout notion, tandis que l'erreur résulte d'une mauvaise information et « est une notion fausse sur une question donnée »[1175]. Pour le surplus, elles répondent aux mêmes conditions et entraînent les mêmes conséquences.

L'erreur ou l'ignorance peuvent être *de fait* (au cours d'une partie de chasse, je crois tirer sur un animal, alors qu'il s'agit d'un être humain) ou *de droit* (je vole une chose dont je croyais être propriétaire). La portée de la distinction n'est plus essentielle dès lors que la Cour de

---

1172 Article 60, al. 4 de la loi du 8 mai 1965, repris aux articles 16, §2, al. 5 du Décret flamand, 43, §1er du Code wallon et 15, §2 de l'Ordonnance bruxelloise. Il est à noter que le point de départ de ce délai d'un an varie d'un texte à l'autre. Pour de plus amples développements, il est renvoyé au cours de Droit de la protection de la jeunesse.

1173 À cet égard, il est renvoyé au cours de Droit de la protection de la jeunesse.

1174 Art. 43, al. 2 de la loi du 8 avril 1965 auquel fait référence l'article 39 du Décret flamand et repris aux articles 123, al. 4 du Code wallon et 82, §1er, al.2 de l'Ordonnance bruxelloise.

1175 A. PRINS, *Science pénale et droit positif, op. cit*., p. 265; P.E. TROUSSE, Les *principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit*., p. 399.

cassation, depuis un arrêt du 10 Juillet 1946, a admis l'erreur de droit aux mêmes conditions que l'erreur de fait[1176].

Pour pouvoir être invoquée comme cause de non-imputabilité, l'erreur ou l'ignorance doit être *invincible*, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une erreur que « tout homme raisonnable et prudent eût commise »[1177].

Le caractère invincible est de l'appréciation du juge de fond. On notera ici que la jurisprudence place la barre assez haut dans l'appréciation du caractère invincible de l'erreur. Si l'auteur porte la moindre responsabilité coupable à l'origine de l'erreur ou de l'ignorance, on retiendra une erreur ou ignorance fautive qui engage la responsabilité[1178].

5. La contrainte (ou force irrésistible) (art. 71 CP)

Cette cause spécifique de non-imputabilité est prévue par l'article 71 du Code pénal qui dispose :

> « Il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu... a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ».

Elle s'applique à toutes les infractions, même non intentionnelles[1179].

La contrainte est « un événement indépendant de la volonté de l'homme qu'il ne pouvait ni prévoir ni conjurer »[1180] qui *détruit la volonté de l'agent*, en le poussant irrésistiblement à poser l'acte matériel incriminé par la loi.

La contrainte peut être *physique* : l'agent est placé dans l'impossibilité matérielle d'éviter l'infraction (une crevaison subite d'un pneu amène le conducteur d'une voiture à transgresser le Code de la route). Mais la contrainte peut également être *morale* : l'agent est ici psychologiquement poussé d'une manière irrésistible à commettre une infraction, en raison de la crainte d'un mal à la fois grave, imminent et injuste[1181].

1176 Cass., 10 juillet 1946, *Pas.*, I, p. 293. On ne saurait évidemment en déduire l'abandon pur et simple du principe "nul n'est censé ignorer la loi". A cet égard, *cf.* notamment Corr. Namur, 9 mars 1984, *R.R.D.*, 1985, p. 292 : « Sauf dans des cas tout à fait exceptionnels – où, en raison de la prolifération de textes législatifs incohérents, il est pratiquement impossible aux justiciables de connaître l'existence de l'ensemble des dispositions qui régissent certaines matières –, il s'impose que le tribunal maintienne intangible le principe *nemo jus ignorare censetur* au risque d'ouvrir la voie à tous les abus qu'entraîne inévitablement une application incertaine et arbitraire de la loi »'.

1177 *Cf.* notamment Cass., 23 janvier 1950, *Pas.*, I, p. 348 ; Cass., 6 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 37 ; Cass., 29 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 355 ; Cass., 24 janvier 1977, *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, p. 607, note H.-D. BOSLY ; Cass., 7 décembre 1977, *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 340 ; Cass., 17 mai 1978, *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 788 ; Cass., 13 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1260 ; Cass., 23 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 560 ; Cass., 10 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 446 ; Cass., 14 janvier 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 375 ; Cass., 19 mai 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 675 ; Cass., 15 novembre 1988, *Pas.*, I, p. 276 ; Bruxelles, 7 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, n° 19, p. 674 ; Cass., 31 octobre 1994, *Pas.*, I, p. 879 ; Bruxelles, 12 janvier 1995, *Journ. proc.*, n° 278, 3 mars 1995, p. 30; Cass., 8 janvier 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 1166 ; Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 697 ; Bruxelles, 4 septembre 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1082 ; Cass., 29 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 231 ; Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, p. 725, note F. GLANSDORFF, "erreur invincible ou croyance légitime"; CASS., 16 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 29; Anvers, 28 février 2002, *AM*, 2002, p. 340; Cass., 29 mai 2002; Cass., 1er octobre 2002, *RABG*, 2003, p. 798, note L. DELBROUCK; Liège, 13 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1756; Cass., 8 février 2008.

1178 Cass., 16 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 2025.

1179 Cass., 4 février 1998, *Pas.*, I, p. 62.

1180 Cass., 20 mars 2001, *R.W.,* 2003-2004, p. 196 *;* Cass., 22 mars 2002, *Dr. circ.*, 2002, p. 422; C. trav. Bruxelles, 17 février 2003, *Bull. ass.*, p. 541, note L. VAN GOSSUM; Civ. Bruxelles (réf.), 27 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 568.

1181 Ainsi, la contrainte morale a-t-elle été retenue à l'égard d'un joueur de football ayant commis un "doigt d'honneur" en réponse aux provocations racistes des supporters du club adverse, au motif que les injures et comportements racistes "sont de nature à provoquer en lui une telle révolte que celle-ci doit être assimilée à la contrainte morale justifiant des troubles momentanés et fortuits du comportement qui ont pu le priver temporairement du contrôle de ses actes" (Pol. Verviers, 9 octobre 2008, *J.L.M.B*, 2008, n° 35, pp. 1578 et s.) Par contre, la Cour de cassation a rejetté le pourvoi d'un prévenu qui justifiait avoir été contraint moralement de tuer sa victime pour échapper à sa violence au motif qu'il pouvait neutraliser son adversaire sans le tuer et prendre la fuite, plutôt que de s'acharner sur la victime en lui portant une dizaine de coups de couteau ((Cass., 31 octobre 2007, *Pas*., 2007, p. 1920). *Cf.* également Liège, 24 juin 1981, *J.L.*, 1981, p. 277, qui considéra, par

La contrainte doit être *totale*, c'est-à-dire supprimer complètement la liberté de l'agent, et pas seulement l'amoindrir[1182] sous la forme de difficultés, même considérables, à respecter la loi[1183]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le caractère « irrésistible » de la contrainte. L'appréciation de cette irrésistibilité doit cependant se faire *in concreto* en tenant compte de la psychologie personnelle de l'agent[1184] et de ses capacités de résistance à la contrainte.

La contrainte doit encore trouver sa source dans un événement *extérieur*[1185] ou *indépendant de la volonté* et, *a fortiori*, de la faute de l'agent. En ce sens, on dira aussi qu'elle doit être « imprévisible », dans la mesure où, lorsqu'elle a pu être prévue, la volonté de l'agent est censée avoir pu la conjurer[1186].

On ajoute parfois, enfin, que la contrainte doit être *antérieure*, ou concomitante, aux faits reprochés[1187], et non postérieure à ceux-ci[1188].

6. Le trouble momentané de discernement

Est envisagé ici le cas où l'agent est susceptible d'avoir *momentanément perdu tout discernement* lors de l'accomplissement de l'infraction. Il agit sous le coup de l'ivresse complète, dans une crise de somnambulisme, sous l'effet d'une intoxication par stupéfiants, par excès de fatigue, etc.

Pour être invoqué comme cause de non-imputabilité et faire disparaître l'infraction pour son auteur, le trouble momentané de discernement doit être *total*[1189], sans quoi il ne saurait entraîner au plus que l'admission de circonstances atténuantes[1190].

---

contre, que la personne victime d'une invasion de son domicile par des manifestants menaçants et qui tire plusieurs coups de feu en l'air peut invoquer une contrainte morale parce que "l'agression dont il était l'objet... ne visait pas seulement des biens, mais était hautement périlleuse pour les personnes" et qu'"il était démuni de tout autre moyen de défense efficace à l'encontre des violences dont il était la cible";.

1182 Cass., 21 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1982, p. 139 ; Mons, 18 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 987 ; Cass., 31 octobre 2007. Comme le précise un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, c'est cette absence totale de volonté qui différencie la contrainte de l'état de nécessité qui implique un choix délibéré entre deux valeurs (Bruxelles, 4 septembre 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1082).

1183 Cass., 12 octobre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 8 ; Cass., 15 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 346 ; Cass., 22 décembre 1981, *Pas.*, 1982, p. 548; Corr. Neufchâteau, 5 octobre 1983, *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, p. 270 ; Cass., 16 février 2011, *Pas*., 2011, n° 138, concernant un corbillard circulant sur l'autoroute à une vitesse inférieure à celle autorisée par la loi : "la contrainte morale visée à l'article 71 du Code pénal suppose non seulement que la volonté de l'agent ait été amoindrie par une force extérieure à laquelle il n'a pu résister, mais encore que son libre arbitre ait été de ce fait annihilé. La volonté de respecter de simples règles de convenance ne peut constituer une telle cause de justification". La Cour précise à cette occasion que le juge du fond apprécie souverainement si un comportement est justifié par la contrainte.

1184 *Cf.* notamment Cass., 26 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1002 qui décida que, si "la menace doit s'entendre de tout moyen de contrainte morale par la crainte d'un mal imminent", "il faut considérer comme tel le mal contre lequel, tout au moins *dans la pensée de la personne menacée*, celle-ci ne peut se prémunir"; C. trav. Bruxelles, 17 février 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 541, note L. VAN GOSSUM, qui précise que la force majeure doit être appréciée concrètement, en tenant compte des réactions humaines habituellement rencontrées en fonction de l'âge et de l'expérience pour surmonter l'obstacle, et non dans l'absolu et avec une perception abstraite.

1185 Cour mil., 17 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1049 qui a décidé que tel n'est pas le cas lorsqu'on veut lier une dispense de service militaire à une conviction religieuse qui est "le résultat d'un choix libre, volontaire et persistant, dont on connaît les conséquences". *Cf.* également Gand, 20 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 35, qui a jugé que le choix d'une conception de vie n'est pas un fait extérieur qui supprime la liberté d'agir, et Gand, 17 janvier 2008, *T. Strafr*., 2008, p. 114, concernant le refus de siéger dans un bureau de vote.

1186 *Cf.* notamment Cass., 6 mars 1934, *Pas.*, I, p. 207; Cass., 25 juin 1956, *Pas.*, I, p. 1176; Cass., 15 décembre 1969, *Pas.*, I, p. 346; Corr. Charleroi, 4 janvier 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 135; Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, I, p. 584; Bruxelles, 2 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 575; Corr. Namur, 3 février 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 692; Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, II, p. 264; Gand, 10 mai 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 258; Cass., 20 mars 2001, *Pas.*, 2001, n° 146; Cass., 22 mars 2002, *Pas.*, 2002, n° 193.

1187 Mons, 18 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 987.

1188 Cass., 8 avril 1941, *Pas.*, I, p. 139.

1189 A cet égard, *cf.* notamment Cass., 13 février 2002, qui rappelle que la notion d'« état d'ivresse » visée à l'article 35, § 1er, des lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière doit être entendue dans son sens usuel et vise « l'état d'une personne qui n'a plus le contrôle permanent de ses actes, sans qu'il soit requis qu'elle ait perdu la conscience de ceux-ci ».

1190 Cf. notamment P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit*., p. 391.

Le trouble, ensuite, ne peut résulter de la *volonté*, fautive ou non, de l'agent lui-même. La Cour de cassation a notamment fait application de ce principe en matière d'ivresse alcoolique[1191], en décidant que l'état d'ivresse ne pouvait valoir comme cause de non imputabilité si l'agent l'avait volontairement provoqué. Par voie de conséquence, il doit avoir également un caractère *imprévisible*, principe qui a été notamment appliqué à une perte de connaissance due à un excès de fatigue[1192] ou à un malaise au volant[1193].

B. L'état d'esprit

L'exigence d'un état d'esprit coupable ou en droit anglo-saxon *mens rea* remplit une fonction dans la construction de la doctrine du crime, à savoir limiter l'emprise du droit pénal à certains actes, soit intentionnels, soit imprudents ou négligents. Nous examinerons, successivement, la question du dol et celle du défaut de prévoyance et de précaution qui introduisent à la distinction, en droit positif, entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles, ainsi que le cas où l'infraction existe indépendamment de tout état d'esprit spécifique distinct de l'imputabilité morale, infraction qu'on qualifie de contraventionnelle ou réglementaire.

1. Le dol

a) Notion

Le terme de dol est hérité du droit romain. Etymologiquement, il signifie « ruse ». Il réside dans l'intention ou la résolution criminelle de l'agent, état d'esprit dont l'existence est requise pour les infractions dites volontaires ou intentionnelles. Le dol est un élément intrinsèque de l'infraction qui se distingue du mobile, lequel est une raison personnelle d'agir, en principe, indifférente au droit pénal[1194]. Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence distinguent deux formes principales de dol : le dol général et le dol spécial.

Le dol *général*, aussi qualifié de dol simple ou d'intention coupable non autrement précisée[1195], est défini comme « la volonté de commettre l'acte interdit ou d'omettre l'acte prescrit par la loi »[1196]. Selon une partie de la doctrine, il serait exigé pour tous les délits et les

---

1191 Cass., 14 octobre 1975, *Pas.*, I, p. 186 ; Cass., 22 mars 1989, *Pas.*, I, p. 764.

1192 Pol. Wavre, 5 novembre 1985, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11148.

1193 Pol. Saint-Nicolas, 26 mars 1997, *T.A.V.W.*, 1997, p. 206.

1194 Relevons cependant deux tempéraments importants aux articles 377*ter* et 405*quater* du Code pénal.

1195 *Cf.* notamment Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd. *op. cit.*, p. 320, n° 349 ; J. VERHAEGEN, "Faute consciente ou intention coupable? La ligne de partage", *J.T.*, 2001, pp. 305 et s.

1196 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 377. *Cf.* également J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2e éd., *op. cit.*, p. 209, qui définit le dol général comme "la volonté de commettre une action dont on connaît la criminalité"; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., *op. cit.*, p. 320, n° 349, qui le définissent comme le fait que l'agent réalise une infraction "en pleine connaissance des éléments de l'acte commis et en voulant ou tout au moins en acceptant leur réalisation"; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, *La loi pénale*, 2e éd., *op. cit.*, p. 229, qui évoque "l'intention de réaliser, en connaissance de cause, l'acte interdit ou l'abstention coupable et ses éventuelles conséquences illicites", L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERGH, "L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction: tentative de clarification des notions", *Questions spéciales en droit pénal*, sous la direction de Ch. GUILLAIN, P. JADOUL et J.-Fr. GERMAIN, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 66, qui parlent d'élément fautif consistant "dans la circonstance que l'agent a délibérément violé le prescrit légal agissant en connaissance de l'illégalité du comportement adopté". Et dans la jurisprudence, le dol général est défini comme le fait d'avoir "agi sciemment et volontairement" : Cass., 1er décembre 2010, *Rev. Dr. pen. crim*., p.330 ; Cass., 3 mai 2016 : lorsque l'élément du culpabilité d'une infraction consiste en l'intention, à savoir le fait de prendre sciemment et volontairement part à un agissement punissable, le juge peut déduire l'existence de cette intention du fait matériel commis par l'auteur et de la constatation que ce fait peut lui être imputé, étant entendu que l'auteur est mis hors cause s'il rend quelque peu plausible une cause de justification, une cause exclusive de faute ou une cause de non imputabilité (Cass., 3 mai 2016, Pas., 2016, n° 295; N.C., 2017, p.363, note J. DE GROOTE).

crimes à moins que la loi en ait décidé autrement (en retenant le défaut de prévoyance et de précaution) et pour certaines contraventions où la loi l'a prévu de manière formelle[1197].

Le dol *spécial* correspond à une intention qualifiée, plus précise que le dol général, telle que l'intention de nuire[1198], l'intention frauduleuse[1199], la méchanceté[1200], etc. Il n'est exigé que lorsque la loi le prévoit formellement ou lorsque cette exigence découle de la nature même de l'infraction[1201]. Il est alors un élément constitutif de l'infraction.

La doctrine distingue, en outre, par rapport au résultat de l'intention, différentes modalités du dol. Le dol *direct* – qui peut être déterminé ou indéterminé[1202] – : l'intention a directement pour objet l'infraction commise et le dol *indirect*[1203], ou éventuel : les conséquences de l'acte ont dépassé l'intention de l'auteur qui aurait cependant pu ou dû les prévoir[1204].

b) Le dol général : une notion controversée

Le dol général est une notion controversée. Il est vrai que le Code pénal de 1867 ne prévoit pas la notion de dol général. On peut également questionner son double emploi potentiel avec l'imputabilité. Ce double emploi est inexistant si l'on identifie la notion d'imputabilité avec la capacité pénale. Si, en revanche, on englobe dans cette notion la capacité pénale de l'agent et l'exercice concret de ses facultés au moment de l'infraction, le concept de dol général semble perdre une grande part de son contenu[1205]. En d'autres termes, il semble que l'absence de dol général se ramène à l'existence d'une cause de non-imputabilité relative à l'exercice concret par l'agent de ses facultés de vouloir ou de connaître : ignorance ou erreur, contrainte ou trouble momentané du discernement[1206].

La question de la preuve du dol général soulève également certaines difficultés. Si les partisans de la théorie du dol général affirment que « ces éléments du dol sont des actes

---

1197 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, 2e éd., *op. cit.*, p. 206; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., *op. cit.*, p. 319, n° 347.

1198 *Cf.* notamment Cass., 16 janvier 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 788.

1199 Cass., 25 juin 2008 ; Cass., 3 septembre 2008; Cass., 3 septembre 2008; Corr. Charleroi, 9 novembre 2009, *Chr. D.S.*, 2011, p. 291 (obs. Ch.-E. CLESSE), et Corr. Bruxelles, 25 janvier 2012, *Dr. pén. entr.*, 2012, p. 119.

1200 Voy. Les art. 406 et 443 C. pén.

1201 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 379 ; Fr. ROGGEN, « Les dispositions pénales de la loi sur les faillites du 8 août 1997 », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 410 ; Cass., 13 mars 2012, *Pas*., 2012, n° 164. Cette notion de dol spécial reposant sur une base légale claire est reprise par la proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal, cf. 1201 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAYMANS), « Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal », La Charte, Les dossiers de la Rev. dr. pén. crim., 2016, N°24, p. 2 et 46-47.

1202 Cette distinction se retrouve dans l'article 392 du Code pénal. Voy. à ce propos, A. DELANNAY, "Les homicides et lésions corporelles volontaires", *op. cit.*, n° 22.

1203 J. VERHAEGEN, "Le dol éventuel et sa place en droit pénal belge", *Liber amicorum H. Bekaert*, *op. cit.*, pp. 437 et s. ; cass., cour d'appel de Liège (18 e ch. corr.), 13 mars 2017, Obs. S. DELANNAY, Tentative et dol éventuel : une occasion manquée de « déminer un colis piégé » ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p.344-359 : il y a tentative d'assassinat lorsque l'auteur de l'envoi d'un colis piégé destiné à exploser lors de l'ouverture avec pour objectif de blesser les futures victimes aux mains, mais sans aucune garantie que l'ouverture suivrait précisément le scénario qu'il avait conçu, atteint ainsi un tiers en des endroits vitaux du corps. L'auteur a de la sorte commis un acte dont les conséquences normales, prévisibles et connues, qu'il a ainsi nécessairement acceptées, pouvaient être fatales, ce qui correspond à la notion de dol éventuel. Lire aussi F. KUTY, « La notion de dol éventuel et son application à la tentative punissable », *J.T.*, 2018, N°6729, pp. 369-374.

1204 Voy. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2424, p. 381; Fr. TULKENS, "Acteur social et création de la loi. Les coups et blessures volontaires: approche historique et critique", *Panopticon*, 1990, pp. 317 et s. *Cf.* aussi Cass., 22 octobre 2008, *J.T.*, 2009, n° 6364, pp. 561 et s., et note O. MICHIELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions » ; Corr. Verviers, 27 février 2008, *J.T.*, 2008, pp. 493 et s., et obs. O. MICHIELS, « Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol *praeter*-intentionnel quand il y a mort d'homme » ; Cass., 19 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2012, p. 150, et note F. KUTY, « L'élément moral de l'infraction de coups et blessures volontaires ».

1205 Cass., 15 juin 1982, *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, p. 317 ; Bruxelles, 4 janvier 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 753 ; Corr. Tournai, 16 février 2007, *J.L.M.B.*, 2008, n° 14, pp. 615 et s.. Voy. également Fr. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions: une controverse obsolète », *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1 et s.

1206 Cass., 8 avril 2008, P.08.0006.N.

internes qui ont besoin d'être constatés aussi bien que les faits extérieurs dont ils ont été la cause » et qu'en ce sens « la culpabilité ne se présume point »[1207], ils ajoutent cependant aussitôt que "dans un grand nombre de cas, l'exécution du fait délictueux suffit seule pour produire dans l'esprit du juge la conviction de la culpabilité de l'agent. *Res ipsa in se dolum habet*[1208]. Sans doute est-il exact que "ces conclusions ne seront jamais reçues de façon automatique" et "restent essentiellement fonction des circonstances de fait qui peuvent renverser la présomption[1209]. Il n'en apparaît pas moins que le dol peut ainsi être présumé à partir de la matérialité des faits et qu'une telle présomption ne pourra être renversée que par l'invocation d'une cause de non-imputabilité[1210].

La commission pour la révision du Code pénal, dans son rapport de 1979, avait abordé le dol général et deux écoles s'étaient affrontées[1211] : l'une estimant que la notion de dol général avait été implicitement admise dans les travaux préparatoires du Code pénal (ce qui implique une volonté de faire ce que la loi pénale défend)[1212], l'autre privilégiant le caractère punissable d'une infraction dès lors qu'elle est réalisée matériellement, sauf pour l'agent de s'en justifier. Quant à l'avant-projet de Code pénal, il se fondait, sur la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation, qui ne reconnaît pas l'existence du dol général[1213], position défendue par le Commissaire royal R. LEGROS. Pour celui-ci, le dol est une fiction historique propre à la tradition juridique française et belge qui a permis de "contourner" le légalisme extrême issu de la Révolution française qui n'admettait comme cause de justification que la force majeure. Comme toutes les fictions de cette nature, une fois qu'elles ont rempli leur fonction, elles sont appelées à disparaître[1214]. Après avoir rappelé que "toute infraction comporte un élément moral ou subjectif: il n'y a pas d'infraction matérielle" (art. 2), l'*Avant-projet* disposait que, "sauf dans les cas où la loi exige, explicitement ou implicitement, mais de manière certaine, une intention spéciale ou dol spécial, l'élément moral commun à toutes les infractions est la faute: il n'y a pas d'infraction sans faute" (art. 3). En quoi consiste la faute ? "Sous réserve des infractions d'imprudence... la faute consiste dans la réalisation de l'infraction sans justification" (art. 4). Les causes de justification sont, dès lors, très logiquement, applicables à toutes les infractions, y compris les contraventions (art. 5).

Cette controverse est traditionnellement rapportée aux courants objectivistes et subjectivistes qui traversent l'histoire du droit pénal. Dans le premier cas, l'élément fondamental de l'incrimination consiste en une atteinte à l'intérêt protégé tandis que, dans le second cas, il consiste dans l'action de l'agent cherchant à porter atteinte à l'intérêt protégé[1215]. S'y ajoute également une autre dimension liée à la distinction entre délits naturels et artificiels: la

---

1207 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, 2e éd., op. cit., p. 220.

1208 *Ibid.*, p. 221

1209 J. VERHAEGEN, "Dol et faute lourde en droit pénal", *Liber amicorum Marc Châtel*, *op. cit.*, p. 461; N.COLETTE-BASECQZ, "Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal", *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 509 et s.

1210 Cass., 27 septembre 2005, *R.C.J.B.*, 2009, p. 214, et note F. KUTY : « La consécration d'une faute comme fondement de la responsabilité pénale ».

1211 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, p. 54. Voy. W. BROSENS, « L'élément moral dans les infractions et le futur Code pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1979, pp. 407 et s. ; F. GORLE, "Nogmaals over het moreel bestanddeel van het misdrijf", *R.W.*, 1980-1981, col. 90 et s.; A. DE NAUW, "Nieuwe nuttige gegevens voor de strafrechtdogmatiek", *Panopticon*, 1985, pp. 201 et s.; J. MESSINNE et P. VANDERVEEREN, « Réflexions sur l'élément moral de l'infraction. La pratique quotidienne des tribunaux face à l'Avant-projet de Code pénal », *J.T.*, 1987, pp. 185 et s.

1212 Cf. Rapport fait à la Commission de la Chambre par J.J. HAUS sur la question de la participation criminelle : « En effet, c'est un principe généralement reconnu que l'intention criminelle (*dolus*) est un élément constitutif de tout *crime* et de tout *délit*, à moins que la loi n'ait puni, par une disposition expresse, la simple faute (*culpa*) » (in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique, op. cit.*, n° 306, p. 134).

1213 Cass., 30 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 365.

1214 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, p. 85.

1215 P.L. BODSON, *Manuel de droit pénal*, *op. cit.*, pp. 153 et s.

volonté de supprimer "toute différence de nature entre les différentes catégories d'infractions: crimes, délits et contraventions" est présente dans l'affirmation de R. LEGROS selon laquelle "toute infraction est punissable dès qu'elle est réalisée matériellement, sauf pour l'agent de s'en justifier"[1216].

Qu'en est-il aujourd'hui ? La Commission pour la réforme du droit pénal[1217] a remis en 2016 une proposition d'avant-projet du Livre Ier du Code pénal. Le texte prévoit un article 8 consacré à l'élément fautif faisant manifestement référence au dol général : « Toute infraction requiert l'existence d'un élément fautif dans le chef de son auteur. Suivant les cas déterminés par la loi, cet élément fautif peut consister en : « […] - la volonté délibérée et en connaissance de cause d'adopter le comportement incriminé ; […]» [1218]. La constatation d'une faute commise par l'auteur sera nécessaire à l'établissement d'une condamnation pénale[1219]. La preuve de l'élément fautif (sciemment et délibérément) à charge de la partie poursuivante sera « rapportée lorsqu'il apparaît des faits concrets de la cause que l'agent a décidé librement et consciemment d'adopter le comportement incriminé par la loi[1220].

Dans une affaire de tentative de meurtre ayant mené à un arrêt du 6 novembre 2019[1221], la Cour de cassation rencontre cette approche, déjà initiée dans deux autres décisions[1222]. Le demandeur estimait que la Cour d'appel d'appel de Liège avait appliqué la théorie du dol éventuel. Après avoir rappelé l'exclusion du dol éventuel pour le régime de la tentative, la Cour a estimé que dans la mesure où l'auteur a eu sciemment l'intention de tuer et que les éléments de volonté et de connaissance exigés par la loi étaient réunis (à savoir : "l'adoption volontaire et en connaissance de cause du comportement interdit, étant entendu que, s'agissant d'une conséquence constitutive de l'infraction, l'auteur a voulu causer cette conséquence ou était conscient que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements"), l'élément fautif de la prévention était établi (peu importe l'erreur de motivation dans la décision entreprise quant au dol spécial). Comme le souligne F. Kuty dans son commentaire de cette arrêt, : "S'agissant des infractions dont l'élément matériel est caractérisé par la survenance d'une conséquence déterminée, la faute intentionnelle s'entend comme la volonté de la réaliser et non simplement d'en créer le risque. Il ne suffit pas que le comportement adopté par l'agent mette en danger la valeur sociale ou morale protégée par la loi pénale. Il est encore requis que ce dernier ait eu non seulement conscience de la possibilité de la survenance de la conséquence de son comportement mais encore qu'il en ait recherché la réalisation. Cette faute intentionnelle se démontre par la preuve soit de la volonté du résultat (a voulu causer cette conséquence), soit de la conscience de son caractère inéluctable (était conscient que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements). La charge de la preuve en est ainsi quelque peu allégée"[1223]. Il semble donc que l'on parle davantage aujourd'hui d'élément fautil de l'infraction plutôt que d'élément moral[1224].

1216 R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, *op. cit.*, p. 146, n° 171; *Idem*, "Considérations sur quelques arrêts récents concernant l'élément moral dans les infractions", *op. cit.*, p. 16 où l'auteur parle également de "faute infractionnelle non justifiée".

1217 Créée le 30 octobre 2015 par arrêté ministériel, elle comprend deux membres à savoir, Damien Vandermeersch, avocat général près la Cour de Cassation, professeur à l'Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis Bruxelles et Joëlle Rozie, professeur à l'Universiteit Antwerpen.

1218 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal », *op. cit.*, p.2.

1219 *Ibidem*, p.45-46.

1220 L'option choisie se rapproche de la notion de volonté de résultat définie par le professeur F. Kuty. Cf. F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, *La loi pénale*, 2e éd., *op. cit.*, p. 229,

1221 Cass., 6 novembre 2019, *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, pp. 375-377 et conclusions de D. VANDERMEERSCH, pp. 369-375.

1222 Cass., 2 octobre 2018, *R.A.G.B.*, 2019, p.22 ; Cass., 2 octobre 2019, *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, pp.365-368.

1223 Cass., 2 octobre 2019, *op.cit.,* note F. KUTY, « L'élément fautif des infractions intentionnelles », *op. cit*., p.392.

1224 *Ibid.*, p 377.

2. Le défaut de prévoyance et de précaution

Dans certains cas, le législateur incrimine le défaut de prévoyance et de précaution en raison des conséquences préjudiciables que ces infractions entraînent notamment pour la vie et l'intégrité physique. Il s'agit notamment des articles 418 à 422 du Code pénal ("De l'homicide et des lésions corporelles involontaires"). Ces infractions, qualifiées de non-intentionnelles, se fondent sur l'imprudence ou la négligence. Trois éléments sont requis : une faute même légère[1225] (ce qui pose nécessairement la question de la relation entre la faute pénale et civile)[1226]; un dommage, qui est celui prévu par la loi et un lien de causalité. Il faut noter que le comportement de la victime peut être sans incidence sur l'établissement de la prévention[1227].

Que se passe-t-il si une personne bénéficie d'un non-lieu ou est acquittée au pénal ? La victime peut-elle introduire une action en réparation devant le juge civil ? La Cour de cassation, depuis l'arrêt du 17 juillet 1884, avait adopté la thèse de l'unité des fautes pénale et civile[1228] : en raison de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil, la victime serait irrecevable à agir devant les juridictions civiles. Dans un arrêt du 15 février 1991, la Cour de cassation tempérera sa position estimant que le principe de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée en matière pénale, ne donne pas au demandeur une chance égale à celle des autres parties à la cause, de réfuter la preuve apportée par celles-ci concernant un élément de fait et partant, a constaté une violation l'article 6, § 1er de la CEDH[1229]. La Cour va en quelque sorte corriger le caractère excessif du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal par un principe supérieur, celui du respect des droits de la défense[1230]. Depuis lors, cette jurisprudence a été confirmée[1231].

Par définition, le défaut de prévoyance et de précaution est le contraire d'un état d'esprit. Certains auteurs se demandent, dès lors, si ces situations trouvent bien leur place dans un droit pénal dominé par l'idée de prévention et ils suggèrent la voie de la dépénalisation[1232]. L'avant-projet de livre Ier du Code pénal propose d'ailleurs de ne retenir que la faute consistant en un défaut grave de prévoyance ou de précaution qui serait soit la faute lourde en elle-même, soit une faute légère habituelle[1233]. Ce choix aurait pour avantage notamment de mettre fin à l'unité des fautes pénales et civiles.

1225 cf. TH. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Charte, 2017, p. 154 ; Cass., 12 septembre 2007, P.07.804.F*, Pas*., 2007, p. 402.

1226 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », *Responsabilités, traité théorique et pratique*, livre 2, Anvers, Kluwer, 2012, pp. 1 et s.

1227 Corr. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, (14e ch.), 9 juin 2017, *Chr. D.S*., 2018, p. 180.

1228 *Pas.*, I, p. 275.

1229 Cass., 15 février 1991, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 5 et s., note Fr. RIGAUX : « L'érosion de l'autorité 'erga omnes' de la chose jugée au pénal par la primauté du droit au procès équitable ».

1230 *Ibid.*, p. 16. Voy. aussi Cour eur. D.H., 13 juillet 2004, arrêt *Rezette c. Luxembourg.*

1231 Pour aller plus loin, A. JACOBS, « L'autorité de la chose jugée en matière pénale », La Charte, Les dossiers du journal des juges de paix et de police, 2010, Vol. 13, pp.310 et s.

1232 · Les frontières de la répression, op. cit., t. 1, pp. 39 et s.

1233 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, "Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal", *op. cit.*, p.49.

3. L'absence d'état d'esprit

Il existe une troisième catégorie d'infractions, qualifiées de contraventionnelles ou réglementaires[1234], dont l'existence n'exige la preuve d'aucun état d'esprit spécifique (ni dol ni défaut de prévoyance ou de précaution - par exemple, brûler un feu rouge ou ne pas respecter une limitation de vitesse). Pourtant, malgré l'imprécision de certaines expressions, elles ne constituent pas des infractions purement « matérielles », c'est-à-dire des infractions pour lesquelles aucun élément moral ne serait requis. En effet, comme pour toute autre infraction, les faits matériels qui contreviennent à la loi doivent être moralement imputables à leur auteur[1235].

La partie poursuivante peut se limiter à établir les faits puisque « la loi déduit de la matérialité du fait la présomption de la faute du prévenu »[1236]. En principe, si le prévenu invoque une cause de justification ou de non-imputabilité qui n'est pas dépourvue de tout élément de crédibilité, le Ministère public ou la partie civile, devra en prouver l'inexactitude[1237]. L'alinéa 3 de l'article 8 l'avant-projet de livre Ier du Code pénal de 2016 reprend ce principe énonçant : « la simple volonté et la simple connaissance caractérisant le comportement libre, sont toujours présumées jusqu'à admission d'une cause de justification, de non-imputabilité ou d'exemption de culpabilité »[1238].

1234 L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERGH distinguent les infractions purement réglementaires des infractions réglementaires impliquant un élément de connaissance ou une négligence du devoir de s'informer (« L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions », *op. cit.*, pp. 60-64).

1235 Cass., 12 mai 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711 ; Bruxelles, 4 janvier 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 254 ; Cass., 31 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 577.

1236 Cass., 12 mai 1987, *Pas*., 1987, n° 531, conclusions J. du JARDIN, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711.

1237 Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, *op. cit*., pp 150-151. Remarquons qu'il existe des infractions règlementaires nécessitant un élément de connaissance ou une négligence du devoir de s'informer. *Ibidem*, p.p.151-152.

1238 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal », *op. cit.*, p.2. Voy., aussi, l'analyse dudit article pp. 51-53.

Table des matières

Introduction ***1***

Chapitre I : Introduction historique à la pensée pénale ***2***

Section 1. Points de repère de la pensée pénale **2**
Introduction 2
§ 1. La pensée classique 4
Introduction 4
A. Le crime 6
B. Le criminel 10
C. La peine 11
D. La procédure pénale 15
E. Évolution contemporaine de ces principes fondateurs de la pénalité moderne 16
§ 2. La pensée positiviste ou la naissance de la criminologie 18
Introduction 18
A. Le contexte épistémologique et juridique 19
B. Les sources du positivisme pénal (ou de la criminologie) 20
§ 3. Les théories sociologiques fonctionnalistes (Durkheim) 29
Introduction 29
A. Le crime 30
B. Le criminel 34
C. La peine 36
D. La procédure pénale 38
§ 4. Les théories de la réaction sociale (ou de la définition sociale) 39
Introduction 39
A. Le crime 41
B. Le criminel 42
C. La peine 43
D. La procédure pénale 44
§ 5. Le retour de la victime 45
Introduction 45
A. Le crime 48
B. Le criminel 48
C. La peine 49
D. La procédure pénale 50
§ 6. La pensée pénale face au risque : métamorphose(s) de la dangerosité 51
Introduction 51
A. Le crime 53
B. Le criminel 54
C. La peine 55
D. La procédure pénale 56
§ 7. Le retour d'une explication biologique du crime 59
§ 8. Conclusion 61

Section 2. La généalogie du droit positif **61**
§ 1. Les textes fondateurs : le Code pénal révolutionnaire (1791) et le Code pénal Napoléon (1810) 61
A. Le Code pénal révolutionnaire de 1791 61
B. Le Code pénal Napoléon de 1810 62
§ 2. Le Code pénal belge de 1867 : une œuvre néoclassique 63
A. Les prémisses 63
B. L'influence de la pensée pénale néo-classique et le Code pénal de 1867 64
§ 3. Le droit pénal et la défense sociale 65
A. La révolte positiviste 66
B. L'Union internationale de droit pénal 66
C. Adolphe Prins, réformateur en Belgique 66
D. La défense sociale nouvelle 67
§ 4. L'entreprise de réforme du Code pénal 67
A. La réforme du Code pénal dans les années 1970 68

B. La réforme du Code pénal aujourd'hui 69
§ 5. La réforme du droit de la procédure pénale 72
§ 6. Le projet de rédiger un code de l'exécution des peines 74

Chapitre II : Le droit pénal 76

Section 1. La définition et l'objet du droit pénal 76
§ 1. La terminologie utilisée pour définir le droit de punir 76
§ 2. Le droit pénal au sens strict et le droit pénal au sens large 77

Section 2. Le droit pénal et les autres branches du droit 77
§1. Le droit pénal fait-il partie du droit public ou du droit privé ? 77
A. Le droit pénal assure le respect de règles de droit privé 77
B. La décriminalisation de certaines infractions 78
C. L'impact de la réparation du dommage causé à la victime sur la procédure pénale 78
D. La place croissante prise par la victime, aux différentes phases du procès pénal 78
E. La logique de contractualisation et l'irruption d'acteurs privés dans la chaîne pénale 79
§ 2. Le droit pénal : droit auxiliaire ou droit autonome ? 81
A. Le droit pénal et les normativités extra-juridiques : des recoupements partiels 82
B. L'autonomie du droit pénal par rapport aux autres branches du droit : une autonomie relative 82

Section 3. Les divisions du droit pénal 84
§ 1. Le droit international 84
A. Le droit international pénal 84
B. Le droit pénal international 93
C. L'émergence et le développement d'un droit pénal européen 94
§ 2. Le droit interne 113
A. Le droit pénal matériel 113
B. Le droit pénal formel 118

Section 4. Les sources du droit pénal 118
§ 1. Le principe de légalité 118
A. Le principe de légalité au sens formel 119
B. Le principe de légalité au sens substantiel 127
C. Le principe de légalité au plan international 132
§ 2. Une légalité élargie 133
A. Les conventions internationales 133
B. La Constitution 136
C. Les lois 136
D. Les arrêtés royaux d'exécution, de pouvoirs spéciaux ou d'habilitation 137
E. Les décrets et les ordonnances 137
F. Les règlements généraux, provinciaux et communaux 138

Section 5. Le champ d'application du droit pénal 138
§ 1. L'application de la loi pénale dans le temps 138
A. La durée de la loi 138
B. Le conflit des lois pénales dans le temps 139
§ 2. L'application de la loi pénale dans l'espace 151
A. Le principe de la territorialité 151
B. L'exception de la compétence extraterritoriale 156

Section 6. L'interprétation en droit pénal 162
§ 1. Le problème de départ 162
§ 2. Les principes de base selon l'article 45 de l'Avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros (1985) 163
A. Le principe de l'interprétation stricte 163
B. Les tempéraments au principe de la stricte interprétation 165
§ 3. L'interprétation dans la proposition d'avant-projet de Livre Ier de la commission de réforme du droit pénal 167

Chapitre III. L'infraction 168

Section 1. La définition de l'infraction 168

Section 2. La classification des infractions 170
§ 1. Classification tripartite fondée sur la nature de la peine 170
A. Le principe et ses enjeux 170
B. Difficultés d'application 170
§ 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction 171
A. Les infractions politiques 171
B. Les infractions de presse 176

Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction 176
§ 1. L'élément légal 176
A. Définition 176
B. Causes de justification 177
§ 2. L'élément matériel de l'infraction 191
A. L'exigence d'un acte interdit par la loi : un enjeu démocratique 192
B. La nature ou les conditions de l'acte pénal 192
C. La réalisation de l'acte 196
D. L'acte inachevé punissable : le régime de la tentative d'infraction et de l'infraction manquée 200
§ 3. L'élément moral 205
A. L'imputabilité morale et les causes de non-imputabilité 206
B. L'état d'esprit 226