

44089

FA ~~849~~

420

ADAIN

Université Catholique de Louvain
DEPARTEMENT DE CRIMINOLOGIE ET DE DROIT PENAL
ECOLE DE CRIMINOLOGIE

DOCUMENT DE TRAVAIL

N°13.

Egalité et discrimination en droit pénal belge

par

Françoise TULKENS

- 1986 -

Contribution au n° spécial de la Revue internationale
de droit pénal sur le thème : "Le droit pénal des atteintes
discriminatoires".

Collège Thomas More - Place Montesquieu 2 - B-1348 Louvain-la-Neuve.

37094 849 1526

Le droit pénal des atteintes discriminatoires

EGALITE ET DISCRIMINATIONS EN DROIT PENAL BELGE

"L'égalité est plus que jamais une idée - force de notre époque; et c'est peut-être pour continuer à être une idée-force qu'elle se dérobe à la nécessité d'être une idée claire" (1)

A première vue, le thème du droit pénal des atteintes discriminatoires apparaît transparent. Le projet est clair et le contenu semble se référer à des données aisément identifiables. Dès qu'on s'y attèle un peu sérieusement, on tombe aussitôt dans le piège de la fausse transparence. La simple démarche préliminaire qui consiste à préciser le champ conceptuel en cause nous montre tout d'abord que nous touchons là à une des questions les plus complexes de la pensée juridique dont, paradoxalement, le versant pénal n'a guère été envisagé. Qu'entend-on par discrimination ? Et comment peut-on, en droit pénal, construire cette notion à partir de celle dont elle constitue l'antinomie ou le contraire : l'égalité ? Par ailleurs, lorsque l'on se hasarde à dresser l'inventaire des atteintes discriminatoires en droit pénal, on constate immédiatement qu'il ne s'agit pas là d'une matière unique mais multiple. En d'autres termes, les atteintes discriminatoires revêtent en droit pénal des aspects diversifiés et elles se situent, dans l'ensemble du système de justice pénale, à des niveaux différents. Dans la première partie, nous rassemblerons des données sur cette question. Mais, à partir de là, l'objectif d'aborder - et de dominer - l'ensemble de la problématique du droit pénal des atteintes discriminatoires nous est apparu difficile à atteindre, voire même à souhaiter, et des choix ont dès lors été opérés. Au départ de ce présupposé que la notion de discrimination

(1) V. MATTHIEU, L'égalité juridique, communication au XVIIe colloque international de philosophie politique, Nice 5-6 septembre 1975, cité par L. INGBER, "L'égalité en droit ou le droit à l'égalité", Journal des Tribunaux, 1979, p. 319.

est relative à un temps et à un lieu donné, nous tenterons de voir, dans la deuxième et la troisième partie, comment le rapport de la discrimination à la loi pénale s'est posé dans notre pays ces vingt dernières années. D'un côté, on assiste à un affranchissement, à une libération de certaines dispositions pénales qui constituent en elles-mêmes des atteintes discriminatoires. D'un autre côté, la loi pénale intervient pour incriminer et sanctionner des pratiques sociales discriminatoires. A travers ce double mouvement de décriminalisation et de criminalisation, et en liaison étroite avec les évolutions du climat social, politique, culturel très perceptibles durant la période de 1965-85, se posera la question de l'application de la loi et de l'efficacité - instrumentale ou symbolique ? - des normes juridiques dans un domaine marqué, presque par nature, par les conflits de valeurs et d'intérêts.

1. Précisions quant au champ conceptuel.

Il y a ici un ensemble de mises au point nécessaires dont on ne peut faire l'économie.

a. Egalité et différenciation. En voulant approcher le contenu de la notion de discrimination, nous rencontrons d'abord celle d'égalité. Rencontre d'autant plus inévitable que, dans la pensée juridique belge, la notion d'égalité a fait, ces quinze dernières années, l'objet de nombreux travaux et d'un investissement attentif en manière telle que nous nous trouvons actuellement devant un matériau important qui peut nous permettre de mieux baliser le terrain (2).

Lorsque l'on évoque le concept d'égalité, une première distinction est celle qui apparaît entre égalité devant la loi et égalité dans la loi. L'égalité devant la loi, affirmée comme un postulat, est en principe garantie par l'article 6 de la Constitution : "Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi; ...". "Condition de sécurité" qui s'oppose à l'adoption de mesures arbitraires, la mise en oeuvre de ce principe exige donc que "la loi soit appliquée également à tous, indépendamment de son

(2) L'égalité, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 8 volumes, Bruxelles, Bruylant, 1971-1982. Voyez aussi M. van de KERCHOVE, "L'égalité, aspects juridiques et éthiques. Eléments de bibliographie" in Dialogues en sciences humaines, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires St. Louis, 1975, pp. 176 et ss.

contenu" (3). " L'égalité devant la loi... se limite alors à la protection d'une valeur socialement importante, à savoir la sécurité juridique (4). Dans quelle mesure cette exigence constitutionnelle est-elle compatible avec le mode concret de fonctionnement du système de justice pénale et, notamment, l'appréciation du principe de l'opportunité des poursuites ? "Tous ceux qui, de par leur profession, connaissent le fonctionnement des systèmes pénaux savent par expérience personnelle qu'il existe, à tous les niveaux des systèmes, une sensible différenciation qui reflète les inégalités sociales et qui opère souvent dans la pratique au détriment des membres les plus faibles de la société " (5). Intervient notamment ici "le rôle des stéréotypes et des prévisions concernant les catégories de personnes susceptibles d'être délinquantes, ce qui entraîne un net processus de sélection avant que les individus ne passent en jugement" (6). Une recherche qui serait certainement à entreprendre, mais sur laquelle nous ne disposons guère de données ni théoriques ni empiriques en Belgique, serait celle du traitement différentiel des justiciables aux différentes phases du processus pénal : arrestation par la police et renvoi au parquet, appréciation par celui-ci de l'opportunité des poursuites et classement sans suite, mise en détention préventive au niveau de l'instruction, jugement, exécution de la peine.

Mais à travers cette question du traitement, se profile l'autre aspect du concept d'égalité, l'égalité - ou plus exactement l'inégalité - dans la loi. "Dire que les hommes sont égaux en droit signifie simplement que, lorsqu'ils se trouvent dans des conditions similaires, ils doivent être soumis aux mêmes règles et traités de la même façon" (7). Mais en quoi

(3) L. INGBER, op.cit. (1), p. 313.

(4) C. PERELMAN, "Egalité et valeurs" in L'égalité, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 322-323.

(5) Comité européen pour les problèmes criminels, Rapport sur la décriminalisation, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, pp. 27-28.

(6) Ibid., p. 23.

(7) L. INGBER, op.cit. (1), p. 314. Sous cette forme, l'égalité de traitement se réfère à la règle de justice formelle et matérielle. Voy. sur la question du champ sémantique qui se groupe autour de la notion d'égalité (égalité et identité; égalité, régularité et norme générale; égalité et impartialité; égalité et légalité ; égalité et Justice), M. VAN QUICKENBORNE, "La structure de la notion d'égalité en droit" in L'égalité, vol. 1, Bruxelles, 1971, pp. 176-195.

consiste cette égalité de traitement ? "A cette égalité formelle, cette isonomie, et qui exige l'application d'une règle identique, s'oppose l'égalité réelle qui vise à la réalisation d'une situation identique. Cette aspiration à plus d'égalité réelle se fonde sur la reconnaissance de situations inégales ... à égaliser" (8). L'égalité abstraite ne suffit pas, il faut l'égalité réelle et celle-ci n'est pas l'égalité mathématique mais la proportion, la proportion des règles et des droits aux situations individuelles et aux caractéristiques propres des sujets concernés. A situation différente, traitement différent. Nous sommes ainsi conduits à des différenciations qui, soutient-on, loin d'aller à l'encontre de l'égalité, la servent. Dans l'Etat libéral, ces différenciations sont relatives à l'individu (l'âge, le sexe, la religion, la situation de famille, la fortune etc.). Dans l'Etat interventionniste, où elles se multiplient singulièrement, leur nature change. Ce n'est plus seulement l'homme en tant que tel qui est différencié mais l'homme dans sa réalité sociale et économique; l'Etat-providence va ainsi se manifester par un droit de classe, un droit de protection (9). En Belgique, le régime particulier de protection des mineurs, essentiellement différent du droit pénal commun des adultes, instauré par la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance remplacée par la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, participe très certainement de cette préoccupation. S'agit-il pour autant de "discrimination" ?

Intervient alors la question centrale de la distinction entre "différenciation" et "discrimination". Comment tracer la limite entre ce qui peut être relevant et ce qui doit être irrelevant ? Quelles sont les caractéristiques qui peuvent légitimement être reconnues et retenues ? La réponse traditionnelle est de dire : celles qui ne sont pas arbitraires et qui servent l'intérêt général. Ne seront pas considérées comme arbitraires ni dès lors discriminatoires, les distinctions justifiées par des raisons objectives et des motifs évidents ou fonctionnels, conformes à la nature des choses ou à la finalité de la législation, rationnelles, raisonnables. De manière générale, on peut dire que la notion de critère objectif "transforme une discrimination illicite en distinction justifiée" (10). Mais comme le souligne C. Perelman, et cette

(8) Ibid., p. 314.

(9) Voy. Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux des Journées d'études H. CAPITANT, Paris, Dalloz, 1965; P. GOYARD, "Les diverses prérogatives juridiques et les notions d'égalité et de discrimination", in L'égalité, vol. V, Bruxelles, 1977, pp. 159-160.

(10) F. RIGAUX, "L'insertion des inégalités objectives dans un système juridique d'égalité devant la loi" in L'égalité, vol. 5, Bruxelles, 1977, p. 150.

du Welfare State. Pour diminuer les inégalités entre les membres d'une même société, des privilèges sont accordés à ceux qui^{se} trouvent dans une situation d'infériorité. Si on ne trouve pas d'exemple de ce type de discrimination positive dans notre législation pénale, en revanche, on pourrait très certainement distinguer, au niveau du système de justice pénale, les deux modèles de discrimination décrits aux Etats-Unis par Nagel et Weitzman et analysés par C. Parent (14). Le modèle "préjudiciable" concerne les minorités, les noirs, les pauvres, les illettrés et se traduit par un traitement défavorable à toutes les étapes du processus pénal. L'autre modèle est qualifié de "paternaliste" et il vise surtout les jeunes ainsi que les femmes. Nous observons ici un traitement plus favorable au niveau de la phase policière et de la phase judiciaire, à l'exception toutefois - et c'est tout à fait significatif - des garanties procédurales qui sont moins développées dans ce modèle (15). Le droit de la protection de la jeunesse en Belgique est une parfaite illustration de cette observation. Ainsi, par exemple, lorsque le tribunal de la jeunesse statue sur une mesure de protection des mineurs mais prise à l'égard de ses parents, telle l'assistance éducative ou la déchéance de la puissance paternelle, "les mineurs intéressés ne sont pas considérés comme parties au débat" (article 56, alinéa 1 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse). Il en résulte que ces mineurs qui peuvent être l'objet de la mesure qui sera prise - une mesure de placement par exemple - ne peuvent disposer de la qualité de sujet de droit : être représenté par un avocat, déposer des conclusions auxquelles le juge est tenu de répondre, introduire un recours etc..; (16). C'est, de manière générale,

(14) C. PARENT, "La protection chevaleresque ou les représentations masculines du traitement des femmes dans la justice pénale" (Actualités bibliographiques), Déviance et Société, 1986, p. 150.

(15) Dans son analyse de la littérature (aux Etats-Unis et au Canada) relative au traitement différentiel des femmes dans la justice pénale, C. PARENT évoque les différentes thèses selon lesquelles les femmes peuvent à la fois "mériter" un traitement plus favorable lorsqu'elles réagissent de façon stéréotypée c'est-à-dire lorsque leur comportement est conforme au rôle sexuel féminin et "souffrir" un traitement moins favorable, et dans ce cas discriminatoire, lorsqu'elles apparaissent comme "femmes déchues" qui entrent directement en conflit avec la loi. Ibid., pp. 147-175.

(16) F. TULKENS et J. HAMAIDE, " De l'objet au sujet . Une longue procédure. " L'Enfant, 1986, pp.

toute la question des droits de la défense qui ne trouve^{nt} pas place dans un système fondé sur l'idéologie de la protection, qui dépossède en quelque sorte les personnes concernées de leur conflit. L'article 60 de la même loi qui institue le pouvoir de révision des mesures prises afin de l'adapter à l'évolution du mineur le montre certainement. Alors que le tribunal de la jeunesse peut, en tout temps, soit d'office soit à la demande du Ministère public rapporter la mesure prise agissant dans les limites de la loi "au mieux des intérêts du mineur", il ne peut être saisi aux mêmes fins par la requête des parents ou des personnes qui en ont la garde, ainsi que du mineur qui a fait l'objet de la mesure qu'après l'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où la décision ordonnant la mesure est devenue définitive. La raison évoquée est celle "de mettre le juge de la jeunesse à l'abri de requêtes répétées et intempestives" (17).

c. Egalité et individualisation. La dialectique de l'égalité de droit et de l'égalité de fait se traduit, en outre, sur le terrain pénal, dans une notion particulière (que certains qualifient aussi de technique), celle de l'individualisation. Individualisation de l'incrimination (18), mais aussi individualisation de la peine (19). L'idée fondamentale remonte à Bentham qui montre très bien cette dialectique du nominal et du réel : "Les mêmes peines, dit-on, pour les mêmes délits. Cet adage a une apparence de justice et d'impartialité qui a séduit tous les esprits superficiels. Pour lui donner un sens raisonnable, il faut déterminer auparavant ce que l'on entend par même peine et même délit. Une loi inflexible, une loi qui n'aurait égard ni au sexe ni à l'âge, ni à la fortune, ni au rang, ni à l'éducation, ni aux préjugés moraux ou religieux des individus, serait doublement vicieuse, comme inefficace ou comme tyrannique. Trop sévère pour l'un, trop indulgente pour l'autre, toujours péchant par excès ou par défaut, sous une apparence d'égalité elle cacherait l'inégalité la plus monstrueuse" (20). D'où l'auteur

(17) Les Nouvelles, Protection de la Jeunesse, Bruxelles, Larcier, 1978, n° 1229.

(18) P.L. BODSON, L'individualisation de l'incrimination pénale, (Principes de législation et implications judiciaires), Liège. Ed. de la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1985.

(19) J. MESSINE, "L'égalité et l'individualisation de la peine", in L'Egalité, vol. IV, Bruxelles, 1975, pp. 7-22.

(20) Oeuvres de J. BENTHAM, juriste anglais, Bruxelles, L. HAUMAN et Cie, 1829, vol. 1. Traité de législation civile et pénale, extraits des manuscrits de J. Bentham par Etienne DUMONT, Principes de législation, p. 30.

propose ce qui constitue encore aujourd'hui la structure fondamentale de l'individualisation légale et judiciaire : "tenir compte des circonstances qui influent sur la sensibilité" car toute cause de douleur ne donne pas à chacun la même douleur (21). Le développement contemporain de l'individualisation ajoute à celle-ci une dimension supplémentaire "qui consiste à adapter la peine le plus adéquatement possible à l'état physique, psychologique et moral de chaque délinquant en vue de produire le maximum d'efficacité" (22). Ainsi, presque par définition, on peut dire qu'une peine individualisée est une peine inégale. Mais comme l'observe J. Messine, "le concept de l'égalité de la peine dépend du but que l'on assigne à celle-ci" (23). C'est dès lors dans une perspective de cet ordre qu'il conviendrait d'interroger le principe de la personnalisation de la sanction se traduisant par une volonté d'en élargir les possibilités d'individualisation, que l'on retrouve très nettement exprimé dans les travaux de réforme du Code pénal entrepris dans notre pays depuis 1976 (24). La suppression des minima des peines devant permettre le prononcé de sanctions "pleinement adaptées à la situation personnelle des délinquants" tout comme la diversification des sanctions sont susceptibles, à défaut de principes directeurs, d'être source de nombreuses discriminations.

2. La loi pénale contient une discrimination. Vers une décriminalisation ?

Depuis une quinzaine d'années, le droit belge est agité par le "souffle égalitaire" (25). L'article 6 bis de la Constitution introduit lors de la réforme du 24 décembre 1970 dispose que "La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques". A l'occasion de la discussion de cette

(21) Ibid., p. 25. Voy. F. TULKENS, "Les principes du Code pénal chez Bentham" (contribution à un ouvrage collectif), Bruxelles, à paraître.

(22) J. CONSTANT, Traité élémentaire de droit pénal, Liège, 1965, t. 1, n°s 564-565

(23) J. MESSINE, op.cit. (19), p.7.

(24) Commission pour la révision du Code pénal, Rapport sur les principales orientations de la réforme, Bruxelles, 1979; R. LEGROS, Avant-projet de code pénal, Bruxelles, 1985.

(25) L. INGBER, "A propos de quelques étapes importantes dans le cheminement récent du processus égalitaire", in L'Egalité, vol. VIII, Bruxelles, 1982, pp. 7-29.

disposition constitutionnelle, le contenu de la notion de discrimination a eu l'occasion d'être précisé. "Il y a discrimination lorsqu'on enfreint le principe de l'égalité dans le traitement. Mais toute inégalité n'est pas nécessairement discriminatoire. Il y a discrimination du moment qu'une distinction est opérée sans qu'il en existe une justification objective et raisonnable" (26). Au niveau du droit civil, les lois du 1er juillet 1974 et du 14 juillet 1976 établissent l'égalité des parents en ce qui concerne l'autorité parentale et l'égalité juridique du mari et de l'épouse, affirmant le principe de l'indépendance et de la solidarité des conjoints. La lacune qui subsiste toujours actuellement concerne la filiation, malgré l'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme du 13 juin 1979 et le projet de loi déposé devant les Chambres depuis 1978. En droit économique et social, la loi du 4 août 1978 de réorientation économique consacre, tant dans le secteur privé que dans le secteur public, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les domaines de l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, des conditions de travail (en ce compris le licenciement) et de l'accès à une profession indépendante (art. 116 à 153). Nous examinerons, dans la troisième partie, comment cette interdiction de toute discrimination est sanctionnée pénalement. Dans le domaine du droit administratif, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers contient une nouvelle et importante égalité. L'article 84 modifie en effet l'article 11 du Code civil qui subordonnait la jouissance des droits civils par les étrangers au principe de la réciprocité. Désormais "l'étranger autorisé à s'établir dans le royaume et inscrit au registre de la population jouit de tous les droits civils reconnus aux Belges aussi longtemps qu'il continue à résider en Belgique, sauf les exceptions établies par la loi". En droit judiciaire, la loi du 9 août 1980 tendant à apporter une solution partielle au problème de l'assistance judiciaire et organisant la rémunération des avocats stagiaires chargés de celle-ci assure le principe d'une démocratisation de l'accès au droit et à la justice. Mais on observe ici un phénomène de "retrait" que l'on observera également ailleurs : les budgets nécessaires pour mettre en oeuvre les nouveaux articles

(26) P. WIGNY, La troisième révision de la Constitution, Bruxelles, 1972, p. 400. "C'est aussi, poursuit l'auteur, l'interprétation que la Cour de Strasbourg donne à la Convention européenne de sauvegarde : l'égalité qu'elle impose n'exclut pas certaines dispositions fondées sur des motifs légitimes".

455 et 455 bis du Code judiciaire n'ont été accordés qu'avec parcimonie en manière telle que ces dispositions restent à ce jour lettre morte. L'inégalité reste donc maintenue, l'inégalité des justiciables dans l'accès au service public que constitue la justice. Au niveau du droit public, la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques assure que les décrets pris par les conseils culturels (devenus aujourd'hui les conseils des communautés) ne puissent contenir aucune discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques ni porter atteinte aux droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques. Cette loi est susceptible d'avoir un impact dans des matières relevant du droit pénal dans la mesure où, sur base de la loi des réformes institutionnelles du 8 août 1980, la protection de la jeunesse rentre , partiellement, dans la compétence des Communautés .

Qu'en est-il en matière pénale ?

Deux zones de décriminalisation dans les domaines de la moralité a-franchissent le droit pénal de dispositions discriminatoires.

a. L'adultère. Nous nous bornerons ici à l'évoquer très brièvement (27). Jusqu'en 1974, le Code pénal maintenait une distinction entre l'adultère de l'épouse et celui du mari. Distinction au niveau de l'incrimination : d'une part, l'adultère de la femme était constitué par un fait unique et quelque soit le lieu où il était commis tandis que le mari ne pouvait être poursuivi que s'il avait entretenu la concubine dans la maison conjugale; d'autre part, la peine pour la femme adultère pouvait être appliquée au complice de celle-ci sans que la concubine, quant à elle, ne soit sujette à aucune incrimination. Distinction aussi en ce qui concerne la sanction : la femme adultère est condamnée à un emprisonnement de trois mois à deux ans tandis que le mari voit sa peine fixée à un taux inférieur, un emprisonnement d'un mois à un an (art. 387 et 389 ancien du Code pénal). Lorsque l'on examine le débat autour de cette question, on est évidemment frappé aujourd'hui par la relativité des arguments de légitimation invoqués et la nature même du raisonnement. Pour H. De Page, cette discrimination est non seulement traditionnelle mais évidente. "La nature sexuelle de l'homme et celle de

(27) Pour une analyse détaillée du phénomène de dépénalisation de l'adultère, voy. M. van de KERCHOVE, Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis (à paraître).

la femme ne sont pas identiques. Non seulement leurs besoins mais la loi même qui les gouverne diffèrent profondément. Une femme n'éprouve que rarement l'irrésistible appel de la chair ..."; et l'auteur de conclure : "On se rend ainsi très rationnellement compte que les manquements au devoir de fidélité ne peuvent pas, en vertu des lois physiologiques elles-mêmes, être mis chez l'homme et chez la femme sur le même pied" (28). Mais on observe ici ce qui deviendra un thème dominant de notre analyse, à savoir un phénomène de dissociation entre la loi et son application. Alors même que l'on observait une extrême fréquence des poursuites sur cette base, les tribunaux atténuait la portée discriminatoire des textes par une interprétation nuancée de ceux-ci et, par le jeu des circonstances atténuantes qui étaient automatiquement admises, ils limitaient la sanction à une peine d'amende prononcée avec sursis. Une proposition de loi est déposée en 1970 et elle aboutit à la loi du 28 octobre 1974 modifiant les articles 387, 388 et 389 du Code pénal (ainsi que les articles 229 et 230 du Code civil). L'objectif de cette loi - les travaux préparatoires le démontrent - est de supprimer une discrimination anachronique et d'assurer l'égalité des sexes telle qu'elle est prônée à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

b. Les relations homosexuelles. La trajectoire de l'article 372 bis du Code pénal est significative (29). En vingt ans en effet - de 1965 à 1985 - on observe la naissance, la vie et la mort d'un texte présentant un caractère nettement discriminatoire; et à travers ce cheminement, à travers cette histoire, les raisons, les enjeux et les limites de pareille disposition sont particulièrement lisibles,

(28) H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, Bruxelles, t. 1, p. 984, n° 867, cité par P. TOUSSAINT, "La femme et le droit", (éditorial), Journal des Procès, 30 mai 1986, p.⁴.

(29) Sur les éléments constitutifs et le champ d'application de cette infraction aujourd'hui abrogée, voy. Les Nouvelles, Les infractions, t. III sous la direction de R. SCREVEENS, Titre IV. Attentat à la pudeur et viol par J.M. POUPART, Bruxelles, 1973, n° 6168 à 6171; P.E. TROUSSE, Les crimes et les délits du code pénal, t. V., Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 310 et ss.; Les Nouvelles, Protection de la Jeunesse, Bruxelles, 1978, n° 1499 à 1507.

Jusqu'en 1965, la législation pénale belge ne contenait pas de disposition spécifique concernant l'homosexualité (30). C'est la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse qui, dans le but d'accorder une protection accrue aux jeunes, introduit dans le droit positif l'article 372 bis du Code pénal que l'on qualifie parfois de délit d'homosexualité (31). "Sans préjudice de l'application de l'article 372, tout attentat à la pudeur, commis sans violence ni menaces, par une personne ayant atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, sur la personne ou à l'aide de la personne d'un mineur du même sexe âgé de moins de dix-huit ans accomplis, sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 26 à 1.000 francs". Le fait que le prévenu exerce à l'égard de la victime une autorité familiale ou sociale constitue une circonstance aggravante inscrite à l'article 377 alinéa 3 du Code. Si l'auteur de l'infraction - qui consiste pour un majeur pénal (la majorité pénale est fixée à 18 ans en droit belge) à entretenir des relations homosexuelles avec un mineur de 16 ans - se voit infliger les peines édictées par l'article 372 bis, la "victime" de ces relations n'est point quitte pour autant. L'adolescent homosexuel de 16 ans est susceptible de comparaître devant le tribunal de la jeunesse en raison du fait que les activités auxquelles il se livre sont de nature à mettre en danger sa santé, sa sécurité ou sa moralité (article 36, 2° de la loi du 8 avril 1965) et le juge peut prendre à son égard une mesure de garde, de préservation et d'éducation (article 37). Il en va de même si les deux partenaires ont entre 16 et 18 ans. Pas d'infraction dans leur chef puisqu'ils sont mi - mineurs pénaux, ni même de "fait qualifié infraction" (article 36, 4° de la loi de 1965); mais ils pourront néanmoins, dans un souci de protection et d'éducation, être déférés au tribunal de la jeunesse comme mineurs en danger. Il résulte, a contrario, de cette disposition que l'âge limite auto-

(30) Celle-ci n'étant punissable que si elle constitue un attentat à la pudeur (art. 372), commis avec violences et menaces (art. 373) ou un outrage public aux moeurs (art. 376, 377, 379, 380 et 385 du Code pénal).

(31) Voy. P.E. TROUSSE, op.cit. (29), p. 310. Cette disposition serait inspirée de l'article 331 al. 3 du Code pénal français qui remonte au régime de Vichy (loi n° 744 du 6 août 1942 maintenu par l'ordonnance criminelle du 2 juillet 1945), aujourd'hui abrogé.

risant les rapports hétérosexuels est fixée à 16 ans (article 372 du Code pénal) alors que l'âge limite¹² libérant¹³ les rapports homosexuels est, quant à elle, établie à 18 ans (32).

Quelles sont les raisons qui ont inspiré ce texte ? La loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse marque l'intervention accrue de l'Etat dans la gestion des "mineurs en danger" et elle s'appuie très largement à cet effet sur le développement des sciences médico-psychologiques. Or, une étude en 1957 sur les "Aspects médico-psychologiques, sociaux et juridiques de l'homophilie" développait la théorie de la séduction - à laquelle, en cours de discussion, la loi de 1965 se rallia précipitamment par voie d'amendement (33). Selon celle-ci, les relations homosexuelles pendant l'adolescence peuvent à cet âge transformer un hétérosexuel ou un indécis en homosexuel. Le danger est celui d'une conversion. Cette théorie traduit, sur le plan scientifique, la conviction que l'homosexualité est, sur le plan moral et social, une sexopathie et un dérèglement qui "quelque soit son origine devient une cause de désordre grave qui exige qu'il y soit remédié" (34). En combattant un amendement déposé au Sénat tendant à porter uniformément à dix-huit ans l'âge de la protection du mineur victime d'attentat à la pudeur non violent, sans distinction de sexe, le législateur de 1965 a très nettement exprimé son intention de réprimer l'acte homosexuel (35).

Mais dès les années¹⁴ 70, dans un contexte socio-politique singulièrement différent, l'homosexualité et sa répression font l'objet d'un autre discours. L'homosexualité peut être considérée comme un comportement, minoritaire sans

(32) Aux Pays-Bas, l'article 248 bis du Code pénal introduit en 1911 établissait l'âge limite à 21 ans. Il fut abrogé en 1971. L'exposé des motifs précédant le projet de loi d'abrogation préparé notamment par la Commission MELAI constitue un document très fouillé sur cette question.

(33) R. CHARLES et L. MASSON-VERNIORY, "Aspects médico-psychologiques, sociaux et juridiques de l'homophilie", Rev. dr. pén. crim., 1957-58, pp. 239 à 327.

(34) Les Nouvelles, Protection de la jeunesse, op.cit. (29), n° 6170.

(35) Annales Parlementaires, Sénat, 10 mars 1965, n°39_40, p. 992.

doute, mais exprimant une forme alternative d'expérience sexuelle .

Par ailleurs, les réactions de défense à l'encontre de celle-ci apparaissent surtout comme le résultat de préjugés sur l'origine et les causes desquels il importe de s'interroger. Le caractère "protecteur" de l'incrimination s'estompe; s'imposera bientôt son caractère superflu, néfaste et discriminatoire. Dans le développement de la proposition de loi du 22 juin 1982 visant à abroger les articles 372 bis et 377 alinéa 3 du Code pénal, cette autre manière de poser le problème de l'homosexualité est très nettement affirmée : "Un élément fondamental qui a permis d'aboutir à cette conclusion est l'évolution qu'a connue la réflexion scientifique sur l'homosexualité; cette réflexion qui au départ était normative et s'inspirait d'une approche psycho-pathologique s'est en effet transformée en une approche sociologique et socio-psychologique expliquant le problème de l'homosexualité par l'influence négative d'une société hostile" (36). Et la conclusion rassemble les arguments en faveur de l'abrogation des textes contestés : "A la lumière des conceptions nouvelles sur l'homosexualité et le caractère indéfendable de la théorie de la séduction, on se rend compte que l'article 372 bis est dénué de tout fondement scientifique. En outre, il a toute une série d'effets négatifs, surtout en ce qui concerne l'approche du problème et le préjudice parfois réel causé aux jeunes homosexuels ... Il va par ailleurs à l'encontre du principe de l'égalité des droits puisqu'il établit une discrimination claire et injustifiable vis-à-vis des homosexuels" (37).

(36) Doc. Parl. Chambre, session 1981-82, 22 juin 1982, n° 349-1, p. 4. Une première proposition de loi visant à abroger les articles 372 bis et 377 alinéa 3 du Code pénal avait déjà été déposée à la Chambre le 5 avril 1979 (Doc. Parl. Ch., 1977-78, n° 177-1). La Commission pour la révision du Code pénal proposait de fixer un âge unique de minorité concernant les infractions résultant d'actes qui portent atteintes à la pudeur commis par des adultes sur des mineurs (Rapport sur les principales orientations de la réforme, Bruxelles, 1979, pp. 106-107). Dans la doctrine, voyez déjà BERGHMANS, "Moet het homosexueel delict (art. 372 bis) uit het strafwetboek verdwijnen ?" R.W., 1969-70, col. 1077.

(37) Doc. Parl. Ch., 12 juin 1982, p. 5. M. CHARLES lui-même a revu et abandonné sa thèse de 1957. Dans une étude ultérieure, "Propos sur l'article 372 bis du Code pénal (article 87 de la loi du 8 avril 1965)" Rev. dr. pén. crim., 1982, pp. 809-835, il estime que "le maintien d'une discrimination telle que l'a instaurée l'article 372 bis du Code pénal ne semble plus reposer sur une base scientifique valable".

Le Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat le 28 avril 1983 est éclairant quant au processus, à l'enjeu et aux effets de la décriminalisation proposée. La théorie de la séduction étant abandonnée sur le plan scientifique, la seule considération "qui pourrait encore inciter à maintenir l'article 372 bis serait le souci de réprimer pénalement l'homosexualité comme telle". Posée en ces termes, la question devient alors celle du jugement moral et du dommage à autrui : " Quels que soient les jugements moraux de chacun, il n'appartient pas au législateur, dans une société pluraliste et à un moment où le souci de protéger la vie privée du citoyen s'affirme davantage dans les démocraties de s'immiscer dans la vie intime des personnes. Toute morale digne de ce nom réprouve les comportements dont il est prouvé qu'ils sont dommageables pour autrui. Mais toutes les morales en honneur dans notre pays ne commandent pas de punir les comportements homosexuels dont il n'est pas démontré qu'ils soient dommageables" (38). Même si la proposition vise uniquement à mettre fin à la discrimination existant entre la répression des rapports homosexuels et des rapports hétérosexuels, il est très clair - et en tout cas aux yeux de ceux qui s'opposent à l'abrogation des dispositions en cause - que "l'élément fondamental sur lequel doit porter la discussion en cette matière est celui du jugement de valeur qui s'attache à l'homosexualité que certains considèrent comme un phénomène contraire aux normes sociales par rapport au comportement sexuel de la majorité" (39). En effet, après avoir tenté de rétablir la pertinence scientifique de l'argumentation invoquée pour justifier l'article 372 bis, un des adversaires de la proposition reconnaît qu'il ne s'agit pas de l'argument essentiel, reconnaissant implicitement par là le rôle d'appoint du discours scientifique. Son opposition porte sur la "libéralisation de l'homosexualité et des dangers qu'une telle tendance présente pour la société". La crainte porte donc sur la reconnaissance positive de l'homosexualité qui, en outre, "constituerait un premier pas vers la reconnaissance des tendances sexuelles telles que la pédophilie, le sadisme, l'exhibitionnisme, etc.." (40).

(38) Doc. Parl. Ch., session 1982-83, n° 349-5, p. 3.

(39) Ibid., p. 4.

(40) Ibid.,

Après un ultime amendement suggérant de maintenir l'article 377, 3e alinéa du Code pénal qui prévoit une sanction particulière à l'encontre de la personne qui entretient une relation homosexuelle avec un jeune de 16 ans sur lequel elle exerce un rapport d'autorité - amendement qui impliquerait lui-même encore une discrimination car ce type de situation concerne autant les relations homosexuelles qu'hétérosexuelles -, la proposition de loi est en définitive adoptée et devient la loi du 18 juin 1985 abrogeant les articles 372 bis et 377, 3e alinéa du Code pénal. Nous nous trouvons ici devant ce que le rapport sur la décriminalisation du Conseil de l'Europe appelle une décriminalisation de iure c'est-à-dire par un acte législatif. [Peut-on en déduire, comme ce texte le suggère, la pleine reconnaissance juridique et sociale du comportement décriminalisé ? (41). La réponse est incertaine. A travers les résistances que la proposition d'abrogation de l'article 372 bis a révélées, on observe la mouvance et la fragilité du jugement de valeur relatif à l'homosexualité et la volonté mitigée de reconnaître un droit légitime à un mode de vie homosexuel. **Décriminalisation d'un côté, recriminalisation d'un autre ?** Peut-être. Alors que par la loi du 18 juin 1985, la législation pénale se vidait de ce qui constituait une atteinte discriminatoire, l'effet d'un arrêt récent de la Cour d'appel de Bruxelles est susceptible de réintroduire une discrimination par l'interprétation du terme débauche dans l'article 380 bis 2° du Code pénal qui punit "quiconque aura tenu une maison de débauche ou de prostitution". La débauche, au sens de cette disposition, est-elle synonyme de prostitution ? Pour le tribunal correctionnel de Bruxelles la réponse est positive en manière telle que la tenue d'un club privé pour homosexuels où il est établi qu'il n'y a pas de prostitution (ni présence de mineurs car le problème avait été soulevé) ne peut être condamnée sur cette base. Mais pour la Cour d'appel, qui se fonde ici sur la jurisprudence de la Cour de Cassation, la réponse est négative. S'il n'y a point, dans le cas d'espèce, prostitution, il subsiste, estime la Cour, la débauche au sens courant

(41) Rapport sur la décriminalisation, op. cit. (5), pp. 11, 14, 176.

donné à ce terme à savoir tout dérèglement de la sexualité. Or "si l'homosexualité n'est pas en elle-même constitutive d'infraction, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une forme de dérèglement de la sexualité par cela même qu'elle méconnaît la finalité de l'existence de deux sexes différents, finalité dont l'abandon généralisé mènerait à l'extinction de l'espèce humaine ... que cette seule considération suffirait déjà à permettre de supposer que le législateur a voulu, par le deuxième dudit article 380 bis, empêcher la propagation de l'homosexualité précisément en ne lui assurant pas la sécurité ailleurs qu'au domicile des particuliers" (42). La décriminalisation de iure de l'homosexualité par l'abrogation de l'article 372 bis du Code pénal pourrait ainsi se voir neutralisée par un maintien de facto d'un délit d'homosexualité car, sous la très large interprétation du terme débauche, tout juge pourrait y faire figurer ce qu'il estime, quant à lui, constituer une pratique immorale. Sur le plan de la répression pénale et de l'usage de la sanction, la question n'est pas de savoir si l'homosexualité constitue ou non un dérèglement de la vie sexuelle mais bien, comme l'observe F. Rigaux, "si ce dérèglement justifie que les tribunaux appliquent des peines en portant sur celui-ci un jugement de nature éthique auquel le législateur n'a pas estimé devoir adhérer" (43).

3. La loi pénale réprime une discrimination. Vers une criminalisation ?

a. L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi interdit d'utiliser des critères ou des motifs, explicites ou implicites, fondés directement ou indirectement sur le sexe du travailleur (44).

(42) Corr. Bruxelles 29 mai 1985 et Bruxelles 11 décembre 1985, Journal des Procès, 27 décembre 1985, p. Cet arrêt est cassé par la Cour de Cassation et l'affaire est actuellement renvoyée à la Cour d'appel de Mons. La Cour de Cassation reconnaît au terme débauche de l'article 380 bis, 2° une signification autonome, "visant notamment les actes de lubricité et d'immoralité, étrangers à la prostitution". Voy. Cass., 20 octobre 1973, Pas. 1973, 1.112 et l'interprétation en sens contraire de M. VINCINEAU, La débauche en droit ou le droit à la débauche, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985.

(43) F. RIGAUX, Préface à M. VINCINEAU, Ibid., p. 15.

(44) Voy. C. PICHAULT, "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi", Journal des tribunaux du travail, 1979, P. 20, supra p. 9.

Et cette interdiction de toute discrimination dans le travail est sanctionnée pénalement par l'article 141 de la loi de réorientation économique du 4 août 1978 qui érige en infraction la violation des prescriptions de la loi consacrée à l'égalité de traitement. A ce jour cependant, peu ou pas d'application de cette disposition, qui pose bien sûr la question de l'opportunité et de l'efficacité d'une "loi sociale en correctionnelle" (45). La seule jurisprudence dont nous disposons mérite d'être évoquée par son caractère relativement exceptionnel. Le tribunal correctionnel acquitte, au nom de la liberté d'expression et d'opinion garantie par l'article 14 de notre Constitution et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, deux membres du Collège des Bourgmestres et Echevins qui, avant la délibération du Collège qui devait procéder à la désignation d'un instituteur, avait déclaré publiquement qu'il préférerait un homme à une femme pour cet emploi; et la Cour d'appel par son arrêt du 19 novembre 1981 confirma le jugement (46). Coulé en force de chose jugée, cet arrêt constituait en matière d'égalité de traitement, et sur le plan pénal, une jurisprudence discutable. Saisie sur base de la procédure exceptionnelle de l'article 442 du Code d'instruction criminelle qui autorise le pourvoi en cassation d'office du Procureur Général dans l'intérêt de la loi, la Cour de Cassation casse l'arrêt dénoncé en tant qu'il acquitte les prévenus : " Si l'article 14 de la Constitution énonce que la liberté de manifester ses opinions est garantie en toute matière, il précise "sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de cette liberté "; de même, si l'article 10 de la Convention des droits de l'homme prévoit que toute personne a droit à la liberté d'expression, comprenant la liberté de communiquer des idées, le §2 de l'article prévoit que l'exercice de cette liberté peut être soumis à certaines restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la protection des droits d'autrui ".

(45) Voy. J. JACOMAIN, "L'égalité des sexes contre la liberté d'expression", Bull. de la Fondation A. Renard, 1982, n° 128, p. 39. Le meilleur ouvrage de synthèse sur la question du droit pénal social est celui de H.-D. BOSLY, Les sanctions en droit pénal social belge, Gand-Louvain, E. Story-Scientia, 1979.

(46) Corr. Verviers 19 mai 1981 et Liège 19 novembre 1981, Journal des Tribunaux, 1982, p. 312.

(47) Cass. 11 mai 1983, Chroniques de droit social, 1983, et la note de M. Th. CUEVELLIEZ, "Discrimination fondée sur le sexe et la liberté d'opinion", pp. 493-500.

b. Le racisme et la xénophobie. La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie contribue à mettre en oeuvre, dans l'ordre interne belge, les obligations découlant de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale signée à New York le 14 mars 1966 et approuvée par la loi belge du 9 juillet 1975 (48). Cette loi, qui constitue une loi autonome de droit pénal particulier, est étroitement liée dans son cheminement (peut-être aussi dans son sort ?) à la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers qui accorde à ceux-ci une protection accrue (49). L'origine parlementaire de cette loi sur le racisme remonte à une première proposition déposée en 1966 au moment où la Belgique menait, dans le cadre d'une politique économique et industrielle en expansion, une politique d'immigration et de regroupement familial; elle fut redéposée en 1968, 1973, 1974, 1978 et 1979 (50). Appuyée par divers courants philosophiques et politiques du pays parmi lesquels, notamment, les évêques de Belgique et les conseils consultatifs des immigrés, cette proposition se traduisit en un projet de loi déposé cette fois par le gouvernement le 9 décembre 1980. Et ce dernier devient la loi du 30 juillet 1981 entrée en vigueur le 8 août de la même année. Mais, paradoxalement, cette loi intervient dans notre pays à un moment où l'état et les esprits se sont singulièrement modifiés. L'immigration est officiellement arrêtée en 1974. La crise économique - qui est aussi une crise sociale et politique - qui frappe le pays provoque un relâchement des solidarités et la constitution de boucs émissaires parmi les groupes les plus socialement vulnérables de la population, les jeunes et surtout les immigrés. Dès le départ, et

(48) Pasinomie 1981, pp. 1264-1313 avec des extraits des travaux préparatoires. Voy. E. de DIESBACH, "La loi contre le racisme et la xénophobie", J.T. 1981, pp. 781-682; E. MUNZIMI, Le racisme et la loi belge du 30 juillet 1981, U.C.L. Faculté de droit, Mémoire présenté à l'Ecole de Criminologie, 1982. Je remercie très vivement Me F. BLANMAILLAND, avocat au Barreau de Bruxelles, pour les précieuses indications fournies quant à l'état d'application de la loi.

(49) F. RIGAUX, Vers un nouveau statut administratif pour les étrangers, Bruxelles 1981; G. BEAUTHIER, Le droit des étrangers, Bruxelles, Vie Ouvrière, 1982.

(50) P. DELATTE, "Chronique de législation pénale 1981", Rev. dr. pén., 1982, pp. 538-542. Dès 1960 des propositions analogues avaient été déposées mais elles n'eurent pas de suite. (Doc. Parl. Sénat 1959-60, n° 99 et n° 411/1). C'est la proposition belge de 1966 qui aurait inspiré la loi française de 1972.

en quelque sorte en raison du facteur temps (15 ans entre la première initiative et la promulgation), un décalage existe entre la loi et l'opinion qui la soutient et la sous-tend. Une sorte de dissensus qui, nous le verrons, se manifestera très nettement au niveau de l'application de cette nouvelle législation.

Quel est le champ d'application de la loi ? (51) La loi adopte, à l'invitation du gouvernement, la définition de la discrimination donnée à l'article 1 de la Convention de New York de 1966 : "Toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale et ethnique ...". Cette référence limite ce que certains ont appelé le délit de non-fraternité à des causes bien précises de discrimination : la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique c'est-à-dire les comportements racistes et xénophobes et non pas les opinions politiques, philosophiques, religieuses ou linguistiques. [Quant aux objectifs de la loi, ils se traduisent dans les quatre premiers articles de celle-ci. L'article 1er réprime toute incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, lorsque celle-ci est exercée dans les conditions de publicité indiquée à l'article ~~444~~ du Code pénal qui érige en circonstances aggravantes du délit de calomnie les imputations susceptibles de diffusion, par quelque moyen que ce soit. Le même article réprime celui qui, dans les mêmes circonstances, donne une publicité à son intention de pratiquer une discrimination raciale. Les frontières du délit d'intention sont évidemment difficiles ici à établir. Tel serait le cas, par exemple, d'un bailleur qui afficherait en public une offre de mise en location de son bien excluant les étrangers ou de l'employeur qui publierait une offre d'emploi contenant semblable exclusion. L'article 2 concerne les actes discriminatoires eux-mêmes et tend à garantir le droit d'accès de tous aux lieux et services destinés à l'usage public (les cafés, hôtels, restaurants, cinémas). A cet effet, il sanctionne "quiconque, fournissant ou offrant de fournir un bien ou un service dans un lieu accessible au public commet un acte discriminatoire à l'égard d'une personne ou d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres". On observe que le législateur a exclu de l'incrimination les

(51) Nous n'aborderons évidemment pas ici la question de la définition du racisme ni celle de la xénophobie. Voy. les contributions d'auteurs belges, notamment Racismes, Mythes et Sciences, sous la direction de M. OLENAER, Bruxelles, Ed. Complexe, 1981; P. SALMON, Le racisme devant l'histoire, Bruxelles, Labor, 1973; F. BASSETTO, "Aux sources du racisme et de la xénophobie", La Revue Nouvelle, 1980, pp. 201-212.

rapports privés. Il en résulte que les relations de travail sont en dehors du champ d'application de la loi, ainsi par exemple le refus abusif d'embauche ou de licenciement, fondé sur des raisons raciales. La réponse du gouvernement, amené à se justifier sur cette restriction, est intéressante. Elle évoque expressément l'effet d'une éventuelle "reverse discrimination". En effet, outre la difficulté de preuve, une telle disposition, estime un parlementaire, "créerait deux catégories de personnes et doterait les travailleurs étrangers d'une protection qui apparaîtra aux autres travailleurs comme un privilège. Cela risque par conséquent de renforcer la xénophobie plutôt que de la combattre". Le Ministre de la Justice abonde dans le même sens : "Si cette disposition est insérée, elle donne l'impression d'une protection à l'égard de l'étranger qui serait perçue comme discriminatoire à l'égard de l'ensemble de la population qui, en ces temps de crise, pourrait réagir dans un sens opposé au but de la proposition"(52). L'article 3 vise à empêcher la participation à des organisations racistes en punissant "quiconque fait partie d'un groupement ou d'une association^{qui,} de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation raciale ou prône celle-ci dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal ou lui prête son concours". Ce n'est point l'appartenance à un mouvement qui est réprimé - ce qui serait contraire au principe de la liberté d'association et de réunion (art. 20 de la Constitution) - mais le mode d'expression de celui-ci qui consiste à prôner, dans le sens de inciter à, préconiser (car autrement on tomberait dans l'atteinte à la liberté d'opinion) les actes interdits par les articles 1 et 2. Ce texte permet de compléter la loi du 29 juillet 1934 sur les milices privées et de lutter contre les groupes très actifs et organisés qui prônent le racisme. En fait l'objectif du gouvernement est d'éliminer ainsi les associations qui cesseraient bientôt d'exister faute de membres (53). Le dernier objectif de la loi est inscrit à l'article 4 qui réprime les actes racistes de l'autorité. "Tout fonctionnaire ou officier public, tout dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique qui, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique d'une personne (d'un groupe, d'une communauté, ou de leurs membres) lui refuse arbitrairement l'exercice d'un droit ou d'une liberté auxquels elle peut prétendre". Les peines sont ici plus lourdes en raison

(52) Doc. Parl. Ch.1979, n° 214/9 in Pasinomie 1981, p. 1274.

(53) Ibid., p. 1275.

de la fonction exercée par l'auteur de l'infraction. Le refus d'inscrire des étrangers dans certaines communes de Bruxelles peut, théoriquement, entrer dans le champ d'application de cet article. Notons cependant que le texte prévoit une cause de justification si 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; dans ce cas les peines seront appliquées aux supérieurs qui ont donné l'ordre.

En ce qui concerne les moyens d'action, la loi accorde aux associations et aux établissements d'utilité publique qui jouissent de la personnalité civile depuis cinq ans à la date des faits et qui se proposent par leurs statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination raciale, le droit d'agir en justice et de se constituer partie civile lorsqu'un préjudice est porté aux fins statutaires qu'ils se sont donnés pour mission de poursuivre (article 5). Comme l'observe P. Delatte, la loi concerne moins la capacité d'agir (qui n'est pas contestée puisque les associations disposent en principe de la capacité juridique) que l'intérêt pour agir au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire. "Elle présume que l'atteinte aux fins poursuivies par l'association constitue le préjudice moral au sens juridique, uni à l'infraction par un lien de causalité suffisant" (54). Mais dans la pratique on observe néanmoins que les obstacles ou les entraves à l'exercice de ce droit par certaines a.s.b.l. portent le plus souvent sur la preuve de leur capacité juridique à agir résultant soit de leur conformité à la loi de 1921 sur les a.s.b.l., soit de leur existence depuis cinq ans au moins.

Les sanctions pénales sont, dans l'ensemble modérées : un emprisonnement de huit jours à six mois et de quinze jours à un an lorsqu'il s'agit d'un fonctionnaire. Elles sont justifiées par le "refus d'une législation à la quaker qui ne ferait qu'encourager les maux qu'elle veut combattre, par la crainte qu'une intransigeance excessive décourage les parquets à poursuivre et enfin par le fait que la loi doit être la traduction de la réprobation sociale, née de vingt siècles de christianisme et de deux siècles de rationalisme, qui en appelle à la conscience des hommes et non à avoir une

(54) Voy. P. DELATTE, op.cit. (50) qui analyse en détail cette question, pp. 541-542.

intention répressive" (55).

Qu'en est-il de l'application de la loi ? Après cinq ans, elle est extrêmement faible, sinon nulle. La police ne renvoie pas et le parquet, lorsqu'il est directement saisi (car il ne se saisit jamais d'office) classe sans suite et abandonne les poursuites. Dans les trois seuls cas où une décision judiciaire est intervenue, l'action publique fut mise en mouvement par la constitution de partie civile d'une association (56). Dans la première affaire, les prévenus étaient poursuivis sur base de l'article 1er de la loi pour avoir utilisé l'expression "bougnouls s'abstenir" dans une invitation toute boîte. La chambre du conseil du tribunal de Bruxelles rendit une ordonnance de non lieu ("attendu que ce terme utilisé par toutes les couches de la population, par n'importe quelle race, s'adresse purement et simplement à quelqu'un dont la présentation vestimentaire laisse à désirer et ne correspond pas aux normes et aux circonstances de lieu") confirmée par la chambre des mises en accusation qui estime que la signification du terme bougnoul n'implique pas nécessairement dans le langage actuel une nuance péjorative, d'hostilité, de dénigrement ou d'injure (57). Pareille interprétation est reprise par un jugement (inédit) du tribunal de première instance de Bruxelles du 23 décembre 1983 saisi au civil pour entendre condamner les défendeurs à payer un franc à titre de dommage moral : " Attendu que les termes qui ont été employés en ces circonstances (sale négresse - sale bougnoule, retourne dans ton pays) n'apparaissent pas comme l'expression d'une haine raciste de la part des défendeurs et ne se distinguent pas d'expressions argotiques qui s'emploient par exemple lors de manifestations linguistiques ou qui veulent désigner de manière péjorative ou triviale des habitants d'une ville ou d'un pays (par exemple parigot ou amerloque)". La deuxième

(55) Doc. Parl. Ch. S.E. 1979, n° 214/9, p. 9.

(56) En Belgique, la Ligue belge pour la défense des droits de l'homme et le MRAX (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie) sont les seules associations qui répondent aux conditions requises.

(57) Corr. Bruxelles (Ch. du conseil) 30 décembre 1982 et Bruxelles (ch. mises en accusation) 17 février 1983, Journal des Procès, 4 mars 1983, pp. 29-30.

affaire concernait une invective adressée au cours d'une réunion d'un conseil communal par un membre de celui-ci à un adversaire politique: "Sale juif, retourne en Israël". Cette fois le tribunal correctionnel estime que les termes ainsi utilisés constituent bien une injure délictueuse au sens de la loi de 1981 compte tenu notamment des conditions de publicité idéales qui l'ont entourée (inédit). Il est paradoxal d'observer - et peut-être est-ce là une sur-discrimination - que le terme juif est considéré comme injurieux tandis que celui de bougnoul ne l'est pas. Dans le dernier dossier, les prévenus qui représentent une association éditant un périodique consacré à la présence des immigrés en Belgique et décrivant celle-ci comme un grave obstacle à la sécurité, à la tranquillité et à la prospérité, étaient poursuivis sur base de l'article 3 de la loi de 1981. Ils furent acquittés par le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles le 26 mai 1986 (inédit) qui est fondé essentiellement sur la liberté d'association et la légitimité d'une différenciation entre Belges et étrangers soutenue d'ailleurs, du moins en partie, par certains textes légaux.

On peut, semble-t-il, parler à ce stade de nullification des effets de la loi par la pratique judiciaire. Celle-ci anticipe et accompagne le mouvement de retrait à l'égard des étrangers manifesté par la loi du 28 juin 1984 relative à certains aspects de la condition des étrangers instituant le Code de la nationalité qui, se fondant sur l'idée du seuil de tolérance, limite le séjour et l'établissement des étrangers dans certaines communes des grandes agglomérations (58). Si certains commentateurs évoquent "la préoccupation de rendre inopérante la loi du 30 juillet 1981 ou de la vider de sa substance", nous nous demandons plutôt dans quelle mesure cette loi a été faite pour être appliquée (59). Et le même type de question peut certainement se poser quand on observe la très faible application de l'article 141 de la loi de réorientation économique du 4 août 1978 relatif à l'égalité de traitement dans l'emploi.

(58) Il s'agit de l'article 18 bis. Voy. G.H. BEAUTHIER, Le droit des étrangers et le Code de la nationalité, Bruxelles, Ed. Vie Ouvrière, 1984 ; M. VERWILGHEN, Le code de la nationalité, Bruxelles, Bruylant, 1985.

(59) M. van de KERCHOVE, " Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? ", Journal des tribunaux, 1986, pp.329-334.

En d'autres termes, le problème qui nous apparaît ici est celui , évoqué et développé par M. van de Kerchove , de la "dissociation entre les effets instrumentaux et symboliques de la norme pénale qui coïncide ici avec une dissociation entre deux actes juridiques différents : l'adoption de la norme, d'une part et son application, d'autre part" (60). Pour les infractions qui font l'objet d'un large consensus social, l'efficacité instrumentale et l'efficacité symbolique d'une loi pénale sont conjointes mais il n'en va pas de même pour les incriminations qui font davantage l'objet d'un dissensus où les valeurs défendues par celles-ci présentent un certain caractère conflictuel. Dans ce cas, des compromis s'imposent sur le plan pénal et ils consistent, comme l'observe l'auteur, à dissocier du moins partiellement, les deux types d'efficacité (61). Le débat parlementaire précédant immédiatement l'adoption de la loi de 1981 indique nettement le choix de cette stratégie. "D'autres membres s'ils s'accordent sur l'insuffisance des lois pour combattre efficacement le racisme, en affirment néanmoins la nécessité. L'éducation doit certes changer les états d'esprit, favoriser l'esprit de tolérance, et de communication avec ceux qui n'appartiennent pas aux groupes dominants, mais elle doit être appuyée par une législation pénale qui consacrera la lutte contre le racisme comme valeur dominante de notre société" (62). Il ne faut pas oublier ici un élément important. Si l'initiative de la loi s'inscrit dans un contexte marqué par une volonté de reconnaître le droit des étrangers dans notre pays et est à cet égard l'expression d'un certain consensus, son adoption en 1981, après un très long cheminement, intervient dans un climat social différent où les expressions de racisme sont plus nombreuses et surtout plus légitimées. C'est davantage l'ère du dissensus. En ce qui concerne la loi de réorientation économique du 4 août 1978, un commentateur avance lui aussi l'idée que "l'efficacité de l'article 116

(60) M. van de KERCHOVE, " Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste " in Punir mon beau souci. Pour une raison pénale, sous la direction de F. RINGELHEIM, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 160.

(61) M. van de KERCHOVE, op.cit. (59), p. 333.

(62) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Doc. Parl. Sénat, session 1980-81, n° 594/2, p. 9.

de la loi du 4 août 1978 ne résulte pas tant des sanctions dont il s'assortit que de son existence même". Ici aussi observe l'auteur "le vent de l'égalité souffle à contre-crise" (63). Dans un cas comme dans l'autre, l'essentiel de la raison d'être de la loi réside donc dans la fonction symbolique remplie par son adoption. Mais pour survivre à long terme, observe M. van de Kerchove, "cette efficacité symbolique doit être réactivée de temps en temps par quelques applications sporadiques, ponctuelles, rituelles" - et dès lors nécessairement arbitraires et discriminatoires (64). La condamnation "sale juif" remplit très certainement ce type de fonction.

Nous nous bornerons, en termes de conclusion, à formuler certaines observations. Observations particulières tout d'abord relatives au champ que nous avons investigué. Le mouvement en sens inverse que nous avons observé est significatif. Alors que dans la répression du délit d'homosexualité la décriminalisation de droit s'annulait par une criminalisation de fait, en matière de racisme et de xénophobie la criminalisation de droit s'annule par une décriminalisation de fait. A travers ce constat s'imposent, d'une part, la nécessité de prendre en compte le mode concret de fonctionnement du système de justice pénale qui, davantage que les textes, est le révélateur d'un état social; d'autre part, la fragilité et la relativité des notions d'égalité et de discrimination. On a observé également, notamment en matière d'homosexualité, comment le discours scientifique remplit aujourd'hui un certain rôle de légitimation, appelé à renforcer celui qui était tenu autrefois par la morale ou le droit naturel. A titre d'observation générale, la question que nous nous posons se résume peut-être à celle-ci. Quel est l'usage droit pénal dans une société pluraliste ? La question du droit pénal des atteintes discriminatoires montre à l'évidence qu'il s'agit là d'une problématique à renouveler.

(63) JACOMAIN J., "L'égalité des sexes et la liberté d'expression", op.cit. (), pp. 37 et 39.

(64) M. van de KERCHOVE, op.cit. (59), p. 334.