

Belgique

Anne Rasson-Roland, Marc Verdussen

Citer ce document / Cite this document :

Rasson-Roland Anne, Verdussen Marc. Belgique. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 26-2010, 2011. Constitutions et droit pénal - Hiérarchie(s) et droits fondamentaux. pp. 109-129;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2011.2020>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2011_num_26_2010_2020

Fichier pdf généré le 11/07/2018

BELGIQUE

*par Anne RASSON-ROLAND et Marc VERDUSSEN **

Les rapports entre le droit pénal et la Constitution, et plus généralement le droit constitutionnel, ont donné lieu en Belgique, à de nombreux développements doctrinaux et jurisprudentiels. La présente étude se centre sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans l'analyse de cette jurisprudence, on privilégie les arrêts rendus à partir du 1^{er} janvier 2000. Pour des développements plus détaillés sur la jurisprudence constitutionnelle relative au droit pénal, il est renvoyé à d'autres études ¹.

I.- LA CONSTITUTION BELGE ET LA DÉFINITION DU DROIT PÉNAL

Après avoir brossé un tableau général des contours du droit constitutionnel pénal en Belgique (A), on présente la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le principe de légalité pénale (B) et l'encadrement qu'au-delà du principe de légalité cette même Cour constitutionnelle procure au droit pénal (C).

A.- L'ancrage du droit pénal dans la Constitution

La Constitution belge contient un certain nombre de dispositions qui touchent au droit pénal, tant matériel que procédural. Ces dispositions peuvent être ordonnées en cinq catégories. Elles profilent les contours d'un droit constitutionnel pénal propre à la Belgique ².

En premier lieu, la Constitution consacre le principe de légalité pénale, qui entend réserver la détermination du droit pénal à la loi, norme qui tire sa légitimité démocratique de son adoption par des assemblées élues. Nous y reviendrons ci-après.

* A. RASSON-ROLAND, Professeur à l'Université Catholique de Louvain, Référendaire à la Cour constitutionnelle ; Marc VERDUSSEN, Professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain, Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution.

1 V. not. M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2008, pp. 954-985.

2 M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

En deuxième lieu, la Constitution, ou plus exactement des lois spéciales prises en vertu de celle-ci, reconnaissent aux collectivités fédérées le pouvoir de prendre des dispositions de droit pénal, dans les limites de leurs compétences matérielles. Tel est l'objet de l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993³. Concernant le droit pénal matériel, chaque communauté et chaque région peut ainsi ériger en infractions pénales (contraventions, délits, voire crimes) les manquements aux dispositions adoptées dans le cadre des domaines qu'il leur revient de régler. Par exemple, la compétence du législateur régional dans la politique des déchets inclut celle d'assortir les dispositions qu'il adopte de sanctions pénales⁴. Les communautés et les régions ne peuvent cependant créer une nouvelle peine, non prévue dans le Code pénal fédéral, sans l'accord du Conseil des ministres⁵. S'apparentant à une tutelle d'approbation d'un organe exécutif fédéral sur des assemblées législatives fédérées, le procédé est pour le moins insolite, tant au regard du principe de la séparation des pouvoirs que par rapport à la nécessaire autonomie des entités fédérées. Concernant le droit pénal procédural, les communautés et les régions ont des compétences nettement plus limitées. Elles sont autorisées à conférer à leurs agents la qualité d'officier de police judiciaire, à déterminer la force probante des procès-verbaux dressés par ces agents et à fixer des cas pouvant donner lieu à perquisition.

En troisième lieu, il existe un indéniable recoupement entre les valeurs consacrées par la Constitution et les valeurs protégées par le droit pénal, la plupart des valeurs constitutionnelles étant pénalement sanctionnées, ce qui a fait écrire à Paul Errera que les sanctions pénales « qui manquent aux déclarations abstraites de droit ne font défaut à aucun de nos textes constitutionnels »⁶. Ce faisant, la Constitution, et plus particulièrement les droits fondamentaux qu'elle consacre, joue un rôle incitateur, en orientant le législateur dans la mise en œuvre de son pouvoir de définition du droit pénal. La Constitution n'impose pas pour autant à ce dernier le devoir de sanctionner pénalement les comportements attentatoires aux valeurs qu'elle promeut. Pour le dire autrement, rien ne permet d'affirmer que la transposition des valeurs constitutionnelles dans l'ordre normatif doit nécessairement emprunter la voie pénale.

En quatrième lieu, la Constitution jette les bases fondamentales de l'organisation de la procédure pénale. Elle s'adresse aux différents acteurs intervenant au long de cette procédure, depuis la constatation des faits répréhensibles jusqu'à l'exécution des peines : ministère public, forces de police, juge, administration pénitentiaire, etc. Des dispositions sont consacrées au statut constitutionnel des forces de police, du ministère public et, naturellement, du juge pénal. Un Conseil supérieur de la justice est institué, par l'article 151 de la Constitution, adopté en 1998. À l'instar du législateur, les autorités chargées de l'application de la loi pénale sont, elles aussi, soumises à l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Les situations respectives du citoyen poursuivi, du justiciable en procès ou condamné sont appréhendées, directement ou indirectement, par la Constitution en termes de droits. Chacun a le droit, s'il n'est pas pris en flagrant délit, de n'« être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures » (article 12, alinéa 3). Chacun a le droit à ce que sa cause soit entendue publiquement (article 148), par un

3 V. égal. l'art. 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

4 CC, arrêt n° 62/210 du 27 mai 2010.

5 V. par ex. CC, arrêt n° 213/2004 du 21 décembre 2004.

6 P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 44.

juge du pouvoir judiciaire, nommé par le pouvoir exécutif fédéral (article 151) mais prévu par la loi (articles 13 et 146), qui jouit d'un statut destiné à préserver son indépendance (articles 151, 152, 154 et 155) et qui rend en audience publique des décisions motivées (article 149). Dans certaines circonstances, chacun a le droit d'être jugé par un jury populaire (article 150). Chacun a le droit, depuis la phase préliminaire du procès pénal jusqu'à la phase exécutoire, d'être traité sans discrimination (articles 10 et 11) et dans le respect notamment de sa vie privée (articles 15, 22 et 29). Par ailleurs, un certain nombre de peines sont purement et simplement bannies par la Constitution : la peine de mort (article 14^{bis}), la confiscation des biens (article 17) et la mort civile (article 18)⁷. Quelle que soit la peine qui lui est infligée, tout condamné a le droit de solliciter une remise ou une réduction de peine sous la forme d'une grâce, compétence réservée au pouvoir exécutif fédéral (article 110)⁸.

En cinquième et dernier lieu, la Constitution aménage, à l'égard des titulaires de certaines fonctions, des règles particulières de procédure pénale : le Roi, les ministres et les parlementaires⁹. Lorsque c'est le principe même de la responsabilité pénale qui est en cause, on parle d'« irresponsabilité ». Lorsqu'en revanche, c'est le traitement procédural de la responsabilité pénale qui est en cause, on parle plutôt de « régime dérogatoire ».

B.- La détermination du droit pénal par le législateur

Le principe de légalité pénale est consacré par la Constitution belge à travers deux dispositions. L'article 12, alinéa 2, prévoit que « nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit ». L'article 14 énonce, quant à lui, que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ». Ce faisant, le Constituant garantit « à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue »¹⁰. Le principe de la légalité revêt ainsi une sensible dimension politique¹¹. Il a donné lieu à une jurisprudence foisonnante de la Cour constitutionnelle.

1) La légalité pénale et le législateur

Une triple garantie se dégage des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution : la légalité des incriminations pénales, la légalité des sanctions pénales et la légalité de la procédure pénale.

7 V. M. VERDUSSEN, « Les peines absolument inconstitutionnelles », in *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 613-626.

8 V. M. VERDUSSEN et E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge – Amnistie, grâce et prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; *id.*, « L'amnistie, la grâce et la prescription au regard de la Constitution belge », in *La clémence saisie par le droit – Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé* (dir. H. Ruiz-Fabri, G. Della Morre, E. Lambert-Abdelgawad et K. Martin-Chenut), Paris, Université Panthéon-Sorbonne, UMR de droit comparé, Société de législation comparée, pp. 345-392.

9 V. M. Verdussen, « La justiciabilité des parlementaires et des ministres », in *Justice et politique : je t'aime, moi non plus...*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 9-40.

10 CC, arrêt n° 27/2005 du 2 février 2005 ; arrêt n° 92/2005 du 11 mai 2005 ; arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005 ; arrêt n° 40/2006 du 15 mars 2006 ; arrêt n° 81/2006 du 17 mai 2006 ; arrêt n° 36/2008 du 4 mars 2008 ; arrêt n° 82/2008 du 27 mai 2008 ; arrêt n° 62/2010 du 27 mai 2010.

11 M.-A. BEERNAERT, M. DE RUE et I. WATTIER, « L'accessibilité et l'intelligibilité du droit contemporain en matière pénale : une gageure ? », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly – Loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, La Charte, 2009, p. 34.

a) La légalité des incriminations pénales

Personne ne peut être poursuivi, ni puni, pour des faits qui ne sont pas incriminés par la loi pénale. Tel est le cœur de l'exigence de légalité des incriminations pénales. Cependant, cette exigence ne s'épuise pas dans ce seul énoncé. Les nombreux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle à propos de la légalité des incriminations pénales reposent, en effet, sur la distinction entre la légalité formelle, qui « requiert que seule la loi établisse les incriminations justifiant des poursuites pénales », et la légalité substantielle, qui « impose « que la loi présente une certaine qualité intrinsèque qui la rende prévisible »¹².

- *La légalité formelle* est une règle fondée sur la séparation des pouvoirs. Elle trace les sphères respectives d'action des pouvoirs publics en matière pénale. Lorsque la Cour constitutionnelle impose au législateur de formuler les incriminations pénales et, au surplus, de le faire en des termes « suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique »¹³, c'est d'abord et avant tout dans le but d'éviter que le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire soient « contraints de devoir préciser une loi vague et imprécise afin de trancher un litige ou de donner application à la loi »¹⁴.

La Cour constitutionnelle est parfois amenée à constater la précaution prise par le législateur de ne pas abandonner aux autres pouvoirs une marge d'appréciation à ce point ample qu'elle pourrait les conduire à malmenier quelques droits fondamentaux. On en donne un exemple, puisé dans la législation anti-terroriste. S'inspirant de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes¹⁵ insère dans le Code pénal un article 137, dont le § 1^{er} dispose que « constitue une infraction terroriste, l'infraction prévue aux §§ 2 et 3 qui, de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et est commise intentionnellement dans le but d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ». L'annulation de cette disposition a été sollicitée auprès de la Cour constitutionnelle, qui a considéré qu'elle était compatible avec le principe

12 E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2006, p. 477. Sur la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de légalité pénale, v. égal. A. JACOBS, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », in *Liber Amicorum Lieven Dupont – Strafrecht als roeping*, vol. II, Universitaire Pers Leuven, 2005, pp. 821-845. Sur le principe de légalité pénale en général, v. M. VAN DE KERCHOVE, « Les développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, pp. 299-320.

13 CC, arrêt n° 92/2005 du 11 mai 2005 ; arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005 ; arrêt n° 40/2006 du 15 mars 2006 ; arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 81/2006 du 17 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 74/2007 du 10 mai 2007 ; arrêt n° 36/2008 du 4 mars 2008 ; arrêt n° 61/2008 du 10 avril 2008 ; arrêt n° 143/2008 du 30 octobre 2008 ; arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 76/2009 du 5 mai 2009 ; arrêt n° 62/2010 du 27 mai 2010.

14 E. DEGRAVE, *op. cit.*, p. 478.

15 Sur cette loi, v. M.-A. BEERNAERT, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union européenne », *Journal des tribunaux*, 2004, pp. 585-590.

constitutionnel de la légalité pénale ¹⁶. Entre autres choses, les juges constitutionnels constatent que la loi du 19 décembre 2003 insère également à l'article 139 un alinéa 2 qui interdit de considérer comme un groupe terroriste « une organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ». Selon la Cour, « il ressort des travaux préparatoires que le législateur s'est aperçu des risques d'abus que pouvait entraîner l'adoption d'une loi pénale réprimant les actes terroristes et que, malgré l'avis du Conseil d'État qui estimait que cette disposition constituait un "truisme qui n'a pas sa place dans le Code pénal", c'est à dessein que cette disposition a été maintenue ». La décision-cadre elle-même, en son exposé des motifs, précise qu'elle ne peut être interprétée « comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales tels le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache ».

À l'inverse, la Cour constitutionnelle a censuré, plusieurs fois, des incriminations par trop imprécises. On cite ici l'arrêt dit « cannabis » ¹⁷. Selon l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques – disposition attaquée devant la Cour –, « en cas de constatation de détention, par un majeur, d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel, qui n'est pas accompagné de nuisances publiques ou d'usage problématique, il ne sera procédé qu'à un enregistrement policier ». La Cour a annulé cette disposition pour méconnaissance du principe de légalité pénale. Non seulement le législateur ne détermine pas précisément ce qu'est une « quantité à des fins d'usage personnel », mais, en outre, il n'explique pas ce qu'il faut entendre par « nuisances publiques », ni par « usage problématique ». En conséquence, il oblige les forces de police à définir elles-mêmes le contenu de l'incrimination en cause.

- *La légalité substantielle* procède « 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 » ¹⁸. Lorsque la Cour constitutionnelle impose au législateur de formuler les incriminations pénales en recourant à des libellés « suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique », c'est aussi dans cette perspective : permettre au justiciable de savoir « quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale » ¹⁹. Ce faisant, les juges constitutionnels s'inspirent directement, et ouvertement, de la jurisprudence de la

16 CC, arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005.

17 CC, arrêt n° 158/2004 du 20 octobre 2004. Sur cet arrêt, v. C. GUILLAIN, « La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines », *Journal des tribunaux*, 2005, pp. 63-65.

18 CC, arrêt n° 92/2005 du 11 mai 2005 ; arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005 ; arrêt n° 40/2006 du 15 mars 2006 ; arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 81/2006 du 17 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 36/2008 du 4 mars 2008 ; arrêt n° 61/2008 du 10 avril 2008 ; arrêt n° 82/2008 du 27 mai 2008 ; arrêt n° 143/2008 du 30 octobre 2008 ; arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 76/2009 du 5 mai 2009 ; arrêt n° 62/2010 du 27 mai 2010. V. égal. CC, arrêt n° 49/2008 du 13 mars 2008.

19 CC, arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005 ; arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 81/2006 du 17 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 74/2007 du 10 mai 2007 ; arrêt n° 36/2008 du 4 mars 2008 ; arrêt n° 61/2008 du 10 avril 2008 ; arrêt n° 143/2008 du 30 octobre 2008 ; arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 76/2009 du 5 mai 2009 ; arrêt n° 62/2010 du 27 mai 2010.

Cour européenne des droits de l'homme. On pense, tout spécialement, à l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993.

D'un point de vue plus méthodologique, la Cour prend soin de préciser 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 »²⁰. Force est toutefois de constater qu'elle n'utilise pas une méthode homogène pour évaluer la précision de l'incrimination. En effet, « elle se prononce tantôt sur la base du seul texte de la disposition attaquée, tantôt en confrontant la disposition au reste de la loi dont elle fait partie, tantôt encore, elle juge de la précision d'une norme en tenant compte de son interprétation dans les travaux préparatoires ou la jurisprudence »²¹.

Se basant uniquement sur le texte de la disposition mise en cause, la Cour constitutionnelle a jugé que génèrent pour le citoyen une insécurité inadmissible des infractions fondées sur des éléments constitutifs aussi imprécis qu'un comportement provoquant des « nuisances urbanistiques inadmissibles » ou constituant « une violation grave de règles urbanistiques essentielles »²², ou le fait de « donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'État, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un État étranger »²³.

En revanche, la référence que la Cour fait, dans d'autres arrêts, au contexte législatif de la disposition, à l'éclairage fourni par les travaux préparatoires ou à l'interprétation procurée par les cours et tribunaux traduit dans son chef une volonté très nette d'assouplir les exigences substantielles liées au principe de légalité pénale et, partant, de sauvegarder la disposition querellée. Quelles que soient les circonstances pouvant expliquer cette pusillanimité jurisprudentielle – on pense notamment au souci de respecter les engagements internationaux de l'État –, on est bien forcé de constater qu'elle compromet sensiblement les deux valeurs qui sous-tendent aujourd'hui le principe de légalité pénale : l'accessibilité à la loi pénale et l'intelligibilité de la loi pénale, qui imposent que tout citoyen soit mis en mesure de connaître le droit pénal et de le comprendre²⁴.

b) La légalité des sanctions pénales

Personne ne peut se voir infliger une peine non prévue par la loi pénale. L'exigence de légalité des sanctions pénales réserve, en effet, au législateur « la compétence d'adopter la loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée », et ce afin d'« exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines »²⁵. Il se dégage de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qu'en prévoyant une amende, le législateur doit en fixer au moins le minimum et le maximum²⁶.

20 CC, arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005 ; arrêt n° 61/2008 du 10 avril 2008 ; arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009. V. égal. CC, arrêt n° 40/2006 du 15 mars 2006 ; arrêt n° 82/2008 du 27 mai 2008 ; arrêt n° 143/2008 du 30 octobre 2008 ; arrêt n° 62/2010 du 27 mai 2010.

21 E. DEGRAVE, *op. cit.*, p. 483.

22 CC, arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004. V. égal. CC, arrêt n° 14/2005 du 19 janvier 2005.

23 CC, arrêt n° 69/2003 du 31 décembre 2001.

24 V. E. DEGRAVE, *op. cit.*, pp. 487-489.

25 CC, arrêt n° 60/2007 du 18 avril 2007.

26 CC, arrêt n° 182/2004 du 16 novembre 2004.

c) La légalité de la procédure pénale

Personne ne peut être poursuivi ou jugé pénalement si ce n'est dans le respect d'une procédure définie par le législateur. Il y va, ici également, d'un droit fondamental. Á tous les stades de la procédure, l'accusé est en droit d'exiger que les actes posés à son égard le soient conformément à ce que prévoit la loi. Les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle sur l'exigence de légalité de la procédure pénale montrent que celle-ci doit être décrite avec d'autant plus de précisions qu'on se trouve sur un terrain – telle la procédure de comparution immédiate – où les garanties des prévenus risquent d'être réduites ²⁷.

2) La légalité pénale et les autres pouvoirs

Le principe de légalité pénale exclut-il toute intervention du Roi, en qualité de titulaire du pouvoir exécutif ? Selon la Cour constitutionnelle, « les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ne vont pas « jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination », ni « chaque aspect de la poursuite et de la sanction », de telle manière qu'une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité en matière pénale « 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 » ²⁸.

Le principe de légalité pénale n'empêche pas davantage qu'un pouvoir d'appréciation soit laissé au juge, et ce 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 » ²⁹.

Cela étant, en pratique, il n'est pas aisé « de déterminer si le pouvoir d'appréciation d'un juge ou d'un membre du pouvoir exécutif est, ou non, d'une importance telle qu'il lui confère un pouvoir d'incrimination autonome, en violation du principe de légalité pénale » ³⁰. Généralement, la Cour constitutionnelle en arrive à la conclusion que le pouvoir d'appréciation délégué est suffisamment circonscrit par le législateur.

S'agissant, du Roi, la Cour constitutionnelle a, par exemple, été interrogée sur le respect du principe de légalité pénale par l'article 29, § 1^{er}, de la loi relative à la circulation routière ³¹. Celui-ci distingue trois catégories d'infractions graves aux règlements pris en exécution de la loi. Celles de troisième degré sont punies d'une amende de 100 euros à 500 euros et d'une déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur de huit jours au moins à cinq ans au plus. Celles de deuxième degré sont punies d'une amende de 50 euros à 500 euros. Celles de premier degré sont punies d'une amende de 50 euros à 250 euros. Qui détermine à quelle catégorie appartient chaque infraction ? La même disposition confie cette tâche à un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, sans fournir aucune indication de nature à

27 V. CC, arrêt n° 56/2002 du 28 mars 2002 ; arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004.

28 CC, arrêt n° 27/2005 du 2 février 2005, arrêt n° 37/2010 du 22 avril 2010.

29 CC, arrêt n° 92/2005 du 11 mai 2005 ; arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005 ; arrêt n° 40/2006 du 15 mars 2006 ; arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 81/2006 du 17 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 74/2007 du 10 mai 2007 ; arrêt n° 36/2008 du 4 mars 2008 ; arrêt n° 49/2008 du 13 mars 2008 ; arrêt n° 61/2008 du 10 avril 2008 ; arrêt n° 82/2008 du 27 mai 2008 ; arrêt n° 143/2008 du 30 octobre 2008 ; arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 76/2009 du 5 mai 2009 ; arrêt n° 62/2010 du 27 mai 2010.

30 E. DEGRAVE, *op. cit.*, p. 478.

31 CC, arrêt n° 27/2005 du 2 février 2005.

orienter le choix du Roi. Il s'ensuit, dit la Cour, « que la disposition en cause pourrait ne pas satisfaire aux exigences constitutionnelles ». Pourtant, les juges se sont refusé à déclarer son inconstitutionnalité. Une telle décision, dit l'arrêt, « non seulement tiendrait en échec les nombreuses poursuites intentées, mais elle rendrait aussi impossible, pendant un délai indéterminé, toute poursuite effectuée en application des dispositions en cause, au mépris de l'objectif de « réduire de 33 % le nombre de tués sur les routes à l'horizon 2006, et de 50 % à l'horizon 2010 comme le préconise la Commission européenne ». Un tel objectif « ne peut se réaliser que par des mesures qui nécessitent une évaluation et une adaptation permanentes, annoncées dans les travaux préparatoires », ce qui peut « expliquer que, dans un premier temps, et afin de permettre l'adaptation des mesures aux nécessités révélées par l'évaluation de leur application, une délégation au pouvoir exécutif ait été considérée comme un instrument plus flexible pour tenir compte des évolutions qui se produisent ». Dans la même logique, la Cour prend soin de préciser 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 », de telle sorte qu'« il incombe au législateur d'inscrire, fût-ce en termes généraux, dans la loi elle-même, dès sa prochaine modification, les critères en fonction desquels doit se faire la répartition entre les catégories d'infractions selon leur gravité ».

S'agissant du juge, la Cour constitutionnelle a, par exemple, répondu par la négative à plusieurs questions préjudicielles relatives au respect du principe de légalité par l'article 442*bis* du Code pénal³². En vertu de cette disposition, est punissable « quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée ». Les juges *a quo* demandaient à la Cour si le principe de légalité pénale n'était pas violé, d'une part, par l'absence d'une définition légale de l'élément matériel de l'infraction prévue par la disposition en cause et, d'autre part, par la circonstance que la définition de l'élément moral de cette infraction laisse au juge un trop grand pouvoir d'appréciation. Pour ce qui concerne l'élément matériel, la Cour, se fondant sur les travaux préparatoires de la disposition mise en cause, relève qu'il existe suffisamment d'indices permettant de caractériser objectivement l'infraction. C'est ainsi qu'il n'est pas exigé que le comportement punissable consiste en des agissements « répétés ». Il n'est pas davantage exigé qu'il soit « gênant, inquiétant ou angoissant ». En revanche, le comportement n'est pas punissable, sur la base de cette disposition, s'il affecte la tranquillité de personnes indéterminées. L'arrêt en conclut que la notion d'atteinte grave à la tranquillité ne peut « être comprise comme une autorisation pour le juge de sanctionner un comportement sur la base de données subjectives, tel que le sentiment de la personne visée par le comportement harcelant ». Pour ce qui concerne l'élément moral, là encore, la lecture des travaux préparatoires conduit la Cour à souligner que les mots « savait ou aurait dû savoir » sont le résultat d'un compromis entre le souhait de certains parlementaires de sanctionner le harceleur faisant preuve de négligence et la volonté d'autres parlementaires de ne réprimer que celui qui aura méchamment harcelé. La preuve de la connaissance des conséquences de l'acte peut être établie, précise la Cour, « sur la base d'éléments objectifs que le harceleur ne pouvait ignorer, tels que les circonstances du harcèlement, la nature des rapports entre le harceleur et le plaignant, la manière dont ce comportement est perçu par la société ou le milieu social concerné, voire, dans certains cas, la personnalité du plaignant ».

32 CC, arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006. V. égal. CC, arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006

C.- L'encadrement du droit pénal par la Cour constitutionnelle

La mission d'encadrement du droit pénal assumée par la Cour constitutionnelle est plus large que ce que peuvent faire accroire les développements précédents sur la légalité pénale.

Le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur les dispositions de droit pénal adoptées par le législateur ne se limite pas, en effet, au principe de légalité pénale. Les compétences qui sont les siennes l'amènent à être également attentive au respect des autres droits fondamentaux et, notamment, au principe d'égalité et de non-discrimination des articles 10 et 11 de la Constitution. À cette fin, elle manie régulièrement le principe de proportionnalité. C'est, par exemple, en s'appuyant sur ce principe que la Cour admet la proportionnalité de l'infraction comminée par l'article 1^{er}, alinéas 1 et 2, de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde guerre mondiale ³³.

La Cour constitutionnelle se montre toutefois très respectueuse des prérogatives du législateur dans une matière aussi étroitement liée à la souveraineté étatique. Selon elle, la question de savoir si un comportement mérite d'être incriminé et, le cas échéant, sous quelle incrimination relève, avant tout, du seul législateur.

Ainsi, la Cour constitutionnelle admet que « le législateur a pu raisonnablement prévoir que les peines particulièrement sévères qui sanctionnent le viol, crime qui requiert, en règle, une pénétration sexuelle non consentie, ne s'appliquent pas dans le cas où le mineur âgé de quatorze à seize ans a donné son consentement à la pénétration sexuelle », ce comportement pouvant constituer en revanche un attentat à la pudeur ³⁴. S'agissant des sanctions pénales retenues par le législateur, la Cour considère que « l'appréciation du caractère plus ou moins grave d'une infraction et de la sévérité avec laquelle cette infraction peut être punie relève du jugement d'opportunité qui appartient au législateur » ³⁵. Et d'ajouter qu'elle « empiéterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences qui existent entre les nombreux textes législatifs portant des sanctions pénales, elle ne limitait pas, en ce qui concerne l'échelle des peines, son appréciation aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'il aboutit à un traitement différent manifestement déraisonnable d'infractions comparables » ³⁶. Dans le même ordre d'idées, la Cour estime également – ce qui prête davantage à discussion – qu'à la condition que la mesure ne soit pas manifestement déraisonnable, la volonté du législateur de déterminer lui-même la politique répressive – et donc les fonctions du droit pénal ? – peut le conduire à ôter au juge tout pouvoir d'appréciation ³⁷.

En revanche, la Cour constitutionnelle a jugé que, spécialement quand « il s'agit de prendre des mesures qui peuvent limiter la liberté d'expression, l'État doit éviter de recourir à des mesures pénales lorsque d'autres mesures, telles que des sanctions civiles, permettent d'atteindre l'objectif poursuivi » ³⁸. Certes, « lorsque le législateur opte pour la voie pénale, il relève de son pouvoir d'appréciation de

33 CC, arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996.

34 CC, arrêt n° 93/2009 du 4 juin 2009. Pour d'autres exemples, v. CC, arrêt n° 82/2008 du 27 mai 2008 (incrimination du défaut de prévoyance en matière de conservation de la nature).

35 CC, arrêt n° 5/2001 du 25 janvier 2001 ; arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 64/2007 du 18 avril 2007.

36 *Id.*

37 CC, arrêt n° 8/2007 du 11 janvier 2007 ; arrêt n° 57/2007 du 18 avril 2007.

38 CC, arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004.

déterminer quels sont les comportements qui méritent d'être pénalement sanctionnés », mais « encore faut-il que les choix qu'il fait soient raisonnablement justifiés »³⁹. Elle a estimé qu'il n'en était pas ainsi à l'article 6, § 2, de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, qui, frappant de sanctions pénales la discrimination elle-même, énumère les motifs des discriminations punissables mais sans y faire figurer les opinions politiques ni la langue, et ce alors même que ces motifs de discrimination sont explicitement inscrits à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Au passage, on relèvera que, pour sanctionner cette différence de traitement inconstitutionnelle, la Cour se refuse à annuler, dans la disposition litigieuse, la liste des motifs que le législateur tient pour punissables, car « il ne serait pas satisfait aux exigences du principe de légalité en matière pénale consacré par l'article 12 de la Constitution si la discrimination devenait, sans autre précision, un élément constitutif d'une infraction »⁴⁰. Partant, elle annule tout l'article 6, § 2.

Dans l'exercice de son contrôle, la Cour constitutionnelle se réfère fréquemment à des dispositions de droit international.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle développe, depuis plusieurs années, une théorie dite du « tout indissociable ». Selon cette théorie, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles, « les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause », de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition constitutionnelle, « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »⁴¹. Par exemple, la Cour considère qu'en ce qu'ils garantissent le principe de légalité pénale, l'article 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont une portée analogue aux articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution⁴².

Ensuite, la Cour constitutionnelle fait régulièrement, à partir des articles 10 et 11 de la Constitution, une application auxiliaire de dispositions tirées de traités internationaux. Elle intègre dans le bloc de constitutionnalité tout droit fondamental dès le moment où la violation de ce droit génère une discrimination contraire aux articles 10 et 11. Cette jurisprudence constitutionnelle doit néanmoins être perçue à sa juste dimension. Elle ne signifie pas que toute violation d'un droit tiré d'un traité international, telle la Convention européenne des droits de l'homme, représente nécessairement une méconnaissance des articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, cela reviendrait à reconnaître à la Cour un pouvoir d'application autonome de la Convention, ce que le Constituant n'a assurément pas voulu. Une méconnaissance d'un droit reconnu par un traité n'est pas forcément discriminatoire. Pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable que l'atteinte portée à ce droit affecte défavorablement une ou plusieurs catégories de personnes, au bénéfice d'une ou de plusieurs autres catégories, les unes et les autres étant clairement identifiables et, au surplus, comparables. Mais, à la condition d'être utilisée de manière pertinente, la technique de l'application auxiliaire permet de combler les lacunes du texte constitutionnel. En

39 *Id.*

40 *Id.*

41 CC, arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004 (jurisprudence constante).

42 CC, arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 61/2008 du 10 avril 2008 ; arrêt n° 143/2008 du 30 octobre 2008 ; arrêt n° 76/2009 du 5 mai 2009.

droit pénal, l'exemple le plus éclairant est celui des garanties liées au procès équitable. La Constitution belge n'en reconnaît que certaines, pour le moins limitées (droits à des audiences publiques, à des jugements motivés...). Par le truchement des articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour constitutionnelle est amenée à se référer aux nombreuses garanties formulées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et à celles que les juges de Strasbourg ont pu dégager de la notion générale de procès équitable ⁴³.

II.- LA CONSTITUTION BELGE ET L'APPLICATION DE LA SANCTION PÉNALE

Dans le choix et le prononcé d'une sanction, quelles sont les limites matérielles ou procédurales imposées par la Constitution et le juge constitutionnel ?

Le cadre constitutionnel belge a été exposé dans la première partie. La jurisprudence constitutionnelle relative à la sanction s'inscrit nécessairement dans ce cadre. La Cour est saisie le plus souvent sur la base des règles d'égalité et de non-discrimination inscrites aux articles 10 et 11 de la Constitution. Il arrive aussi que la notion de sanction soit examinée par le juge constitutionnel au regard des règles répartitrices des compétences au sein de l'État fédéral belge.

Concernant les limites quant au choix de la sanction, trois aspects de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle seront épinglés : le principe de proportionnalité, l'échelle des peines et les contours de la sanction.

A.- Le principe de proportionnalité

Les règles d'égalité et de non-discrimination, qui restent le contentieux le plus abondant de la Cour, ont amené les parties à plaider devant la Cour l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions pénales. Les différences de traitement dénoncées visent le champ d'application de dispositions pénales. Pourquoi le législateur pénalise-t-il un comportement et pas un autre ? Pourquoi tel comportement est-il plus lourdement sanctionné que tel autre ?

Comme nous l'avons déjà souligné, la Cour constitutionnelle belge se montre très respectueuse des prérogatives du législateur en matière pénale. Elle précise à de nombreuses reprises que l'appréciation de la gravité d'une infraction et de la sévérité de la sanction relève de l'opportunité politique ⁴⁴. Le choix de l'échelle des peines relève de ce jugement d'opportunité, mais « le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination peut être violé si le choix du législateur contient une incohérence telle qu'elle aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables » ⁴⁵. La Cour condamne ainsi une différence de traitement qui réprime de manière différente l'usurpation des titres professionnels de comptable agréé et de comptable-fiscaliste agréé, d'une part, et d'expert-comptable ou de conseil fiscal, d'autre part. « Le Conseil des ministres n'explique pas – et la Cour n'aperçoit pas – pourquoi il existe, en l'espèce, une différence de degré

⁴³ V. par ex. CC, arrêt n° 182/2008 du 18 décembre 2008.

⁴⁴ Sur cette jurisprudence, v. égal. M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge », *op. cit.*, pp. 954-955 (et les références citées) ; J. THEUNIS, « Grondwettelijk Hof of Grondrechtshof ? De evenredigheid van de straf als casus », in *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten* (ed. A. ALEN et J. VAN NIEUWENHOVE), t. 1^{er}, Bruges, Die Keure, 2008, pp. 173-196.

⁴⁵ A. RASSON et R. RYCKEBOER, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique », Exposé présenté lors de la mini-conférence sur *Le principe de proportionnalité*, en marge de la 6^e réunion du Conseil mixte sur la justice constitutionnelle organisée à Venise le 30 mai 2007, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU\(2007\)024-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU(2007)024-f.pdf), p. 8.

aussi sensible entre les peines attachées à la protection de titres professionnels fort proches »⁴⁶. Elle n'accepte pas non plus la différence de traitement qu'opèrent deux dispositions législatives qui ont pour objectif de réprimer des comportements susceptibles de perturber la tranquillité d'autrui. La personne qui utilise un moyen de télécommunication afin d'importuner autrui (loi du 21 mars 1991) est sanctionnée plus lourdement que celle qui harcèle autrui en affectant gravement sa tranquillité (article 442*bis* du Code pénal)⁴⁷. La Cour relève que la peine prévue par le Code pénal n'est applicable que moyennant la réunion de plusieurs conditions qui ne doivent pas être remplies pour l'application de la peine prévue par la loi de 1991 : il n'est requis ni que l'utilisation du moyen de télécommunication présente un caractère harcelant ni que la tranquillité du correspondant de la personne soit effectivement perturbée. La lourdeur de la peine ne pourrait tenir qu'à deux éléments : un élément moral d'un degré plus fort – l'intention d'importuner – ou l'utilisation d'un moyen de télécommunication. La Cour n'aperçoit pas en quoi ces éléments sont de nature à justifier une peine à ce point plus lourde⁴⁸.

Les limites ainsi fixées par la Cour constitutionnelle au pouvoir d'appréciation du législateur supposent une comparaison entre des infractions comparables. Comme le relève Jan Theunis⁴⁹, un changement important intervient avec un arrêt du 7 juin 2007. La Constitution belge ne contient pas une disposition analogue à la disposition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction »⁵⁰. La Cour a cependant intégré le principe de proportionnalité de la sanction dans le droit constitutionnel, en tant qu'application particulière du principe de proportionnalité inhérent à la règle d'égalité et de non-discrimination. Ce principe vient limiter le pouvoir du législateur démocratiquement élu de déterminer lui-même la politique répressive et d'exclure ainsi le pouvoir d'appréciation du juge.

Dans un arrêt de principe, qui accentue un renforcement de jurisprudence amorcé un an plus tôt⁵¹, la Cour constitutionnelle relève que « le principe de la proportionnalité des peines n'est pas étranger à notre système juridique qui, en règle, permet au juge de choisir la peine entre un minimum et un maximum, de tenir compte de circonstances atténuantes et d'ordonner le sursis et la suspension du prononcé, le juge pouvant ainsi individualiser dans une certaine mesure la peine, en infligeant celle qu'il estime proportionnée à l'ensemble des éléments de la cause. Pour ce qui concerne plus particulièrement les amendes, le législateur prévoit également que, lorsqu'il fixe l'amende, le juge tient compte de la situation du prévenu »⁵². Or, dans l'affaire en cause qui concerne des infractions en matière de douane et accises, le législateur, dans un souci de sévérité, n'a pas prévu cette

46 CC, arrêt n° 5/2001 du 25 janvier 2001. L'usurpation du titre de comptable agréé ou comptable-fiscaliste est puni, non seulement d'une amende, mais également de peines d'emprisonnement correctionnel, tandis que l'usurpation du titre d'expert-comptable ou de conseil fiscal n'est punissable que d'une amende de maximum 1000 francs.

47 Un emprisonnement d'un à quatre ans et/ou une amende de 500 à 50.000 euros, dans le premier cas et un emprisonnement de 15 jours à deux ans et/ou une amende de 50 à 300 euros, dans le second cas.

48 CC, arrêts n° 71/2006 du 10 mai 2006 ; arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 ; arrêt n° 55/2007 du 28 mars 2007 ; arrêt n° 64/2007 du 18 avril 2007.

49 J. THEUNIS, *op. cit.*, p. 182.

50 Article 49.3. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

51 Sur ce revirement, v. le rapport annuel de la Cour constitutionnelle de 2006, Bruges, Vanden Broele, www.courconstitutionnelle.be, pp. 92-94 et celui de 2007, pp. 75-76. V. égal. CC, arrêt n° 140/2008 du 30 octobre 2008.

52 CC, arrêt n° 81/2007 du 7 juin 2007.

possibilité de moduler la peine. La Cour va conclure à l'inconstitutionnalité de la loi en cause au regard des règles d'égalité et non-discrimination combinées avec l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans son raisonnement, elle prend deux éléments en compte : le droit communautaire, en exécution duquel a été prise la loi en cause – y compris ses principes généraux, dont le respect de la proportionnalité qui est notamment mentionné à l'article 49-3 de la Charte des droits fondamentaux déjà citée – et l'arrêt *Mamidakis c. Grèce* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 11 janvier 2007. L'on relèvera d'ailleurs que la Cour constitutionnelle a rouvert les débats dans cette affaire suite à ce dernier arrêt ⁵³. Elle a, par ailleurs, pris l'affaire en séance plénière. Selon la Cour, dès lors qu'« une amende fixée au décuple des droits éludés pourrait, dans certains cas, porter une telle atteinte à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée », elle pourrait constituer une mesure disproportionnée par rapport au but légitime qu'elle poursuit et constituer une violation du droit au respect des biens, garanti par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ». La méconnaissance du droit au procès équitable résulte du fait que la loi ne permet pas au juge d'éviter la violation du droit au respect des biens puisqu'il ne peut pas choisir entre une peine maximale, qui peut être égale au décuple des droits éludés, et une peine minimale.

Selon Jan Theunis, cet arrêt illustre la souplesse dont la Cour peut faire preuve pour revirer de jurisprudence sous l'influence de la doctrine ou de la jurisprudence internationale, en motivant son arrêt de manière substantielle ⁵⁴. Dans son rapport annuel, la Cour reconnaît explicitement ce revirement ⁵⁵. Julie Delcroix souligne pour sa part que cette évolution de jurisprudence rend le droit des douanes et accises plus humain et raisonnable et plus proche du droit pénal commun, même si l'objectif de sévérité du législateur demeure et doit être pris en compte par le juge qui fixe la sanction ⁵⁶.

B.- L'échelle des peines

Plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle viennent bouleverser l'approche classique de l'échelle des peines.

En 2005, la Cour constitutionnelle est saisie de questions préjudicielles quant à la compatibilité avec les règles d'égalité et de non-discrimination de la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière qui modifient les sanctions frappant les auteurs d'infraction. Les juridictions belges s'interrogent sur l'application éventuelle de la loi nouvelle aux infractions qui n'ont pas encore été jugées. L'article 2, alinéa 2, du Code pénal prévoit, en effet, que la peine la moins forte sera appliquée si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction. C'est le principe de la rétroactivité *in mitius*. Mais quelle est, en l'occurrence, la loi la plus douce ? La loi de 2003

53 La première audience s'est tenue le 11 janvier 2007, date précisément à laquelle était rendu l'arrêt de la Cour européenne. Par ordonnance du 6 février 2007, la Cour constitutionnelle a invité le Conseil des ministres, seule partie à comparaître à s'expliquer dans un mémoire complémentaire sur l'incidence éventuelle sur les affaires de l'arrêt *Mamidakis* et fixé une nouvelle audience au 18 avril 2007. Sur cet arrêt, v. J. THEUNIS, « Grondwettelijk Hof of Grondrechtenhof ? De evenredigheid van de straf als casus », *op. cit.*, pp. 173-196.

54 *Ibid.*, p. 193.

55 V. *supra*.

56 J. DELCROIX, « Het matigingsrecht van de strafrechter in douane- en accijnszaken », *Jura Falconis*, 2009-2010, pp. 581-587.

« revisite complètement l'arsenal pénal existant pour les infractions à la police de la circulation routière. Pour un certain nombre d'infractions, la peine d'emprisonnement disparaît au profit d'une augmentation substantielle du montant des amendes et d'un renforcement des peines de déchéance du droit de conduire, rendues obligatoires dans plusieurs cas. Par ailleurs, l'emprisonnement subsidiaire, qui était prévu en cas de non-paiement de l'amende, est désormais remplacé par une déchéance du droit de conduire subsidiaire »⁵⁷. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation basée sur une appréciation *in abstracto* de la peine considère qu'une peine d'emprisonnement est toujours plus lourde qu'une peine d'amende. Les prévenus dans ces affaires estiment pour leur part que la loi nouvelle est plus répressive : les peines d'emprisonnement étaient rarement exécutées voire prononcées, la déchéance du droit de conduire devient automatique et le montant des amendes est sensiblement augmenté. La Cour constitutionnelle va aller dans leur sens, en se fondant sur l'intention du législateur. Ce dernier « a constaté que les peines prévues par la loi qu'il modifiait ne répondaient pas de manière adéquate à la nécessité de remédier à l'augmentation du nombre de victimes d'accidents de la circulation et que celle-ci requerrait une répression plus sévère des infractions qui en sont la cause ». Selon la Cour, il aurait, dès lors, dû prévoir des mesures transitoires : « connaissant la portée de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, [...], selon laquelle la loi nouvelle doit néanmoins être considérée comme la plus douce, dès lors qu'elle ne prévoit plus la peine d'emprisonnement figurant dans la loi ancienne », le législateur a méconnu les règles d'égalité et de non-discrimination en permettant que des justiciables soient punis d'une manière plus sévère pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi⁵⁸.

En 2007, la Cour est amenée à situer la peine de travail, comme peine autonome en matière correctionnelle et de police, sur l'échelle des peines. Cette peine a été insérée dans le Code pénal belge en 2002. La loi précise que le juge ne peut prononcer cette peine que si le prévenu est présent ou représenté à l'audience et après qu'il ait donné son consentement. Dès lors qu'un recours en opposition ou en appel ne peut, en principe, aggraver la peine et dès lors que, selon la Cour de cassation, la peine de travail est plus lourde que la peine d'amende et moins lourde que la peine d'emprisonnement⁵⁹, les prévenus condamnés à une amende ne pouvaient se voir condamnés à une peine de travail, ce qui, de leur point de vue, les défavorisait et favorisait paradoxalement ceux qui avaient été condamnés à une peine d'emprisonnement. Ces différences de traitement ont été soumises par questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle qui va suivre ce raisonnement.

57 F. MOLINE, « L'échelle des peines à l'aune des droits fondamentaux », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber Amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 673-690.

58 CC, arrêt n° 45/2005 du 23 février 2005. Cet arrêt est confirmé par les arrêts n° 138/2005 du 19 juillet 2005 et n° 151/2005 et 153/2005 du 5 octobre 2005. Dans ce dernier arrêt, la Cour ajoute, en réponse à l'argument du Conseil des ministres, selon lequel le législateur a en réalité recherché non pas une plus grande sévérité, mais une efficacité accrue de la peine, que « le contrôle de la Cour doit porter sur l'intensité de la gravité de la peine pour ceux qui la subissent ».

59 Sur cette question, v. not. A. DE NAUW et F. KUTY, « Examen de jurisprudence (2000 à 2007). Droit pénal général », *Revue critique de jurisprudence belge*, 2010, pp. 268 et 367, qui rappellent les critères abstraits permettant d'apprécier la gravité respective de deux peines, « qui ont été patiemment déterminés par la Cour de cassation au fil des affaires ». V. égal. H. SIMONART, « La peine de travail, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly...*, op. cit., p. 358, qui relève que la Cour de cassation se fonde sur un critère de différenciation de la gravité de la peine de nature purement objective, déduit exclusivement de l'objet même de la sanction, à savoir l'impact sur la liberté individuelle de celui qui en est l'objet.

Dans ses arrêts ⁶⁰, la Cour constitutionnelle rappelle l'objectif du législateur : il a conçu cette peine « dans une logique punitive » comme « une alternative constructive et économique aux courtes peines de prison dans la mesure où ces dernières ne constituent pas nécessairement la meilleure réponse à la délinquance ». Il a entendu « punir autrement ». La Cour relève aussi qu'une peine de travail n'a pas non plus les conséquences économiques que peuvent avoir les peines pécuniaires. Elle souligne enfin que le législateur a accordé une attention particulière à l'information et à l'accord du prévenu.

Dans le premier arrêt, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la loi parce qu'elle a des effets disproportionnés sans rapport avec les objectifs du législateur pour les prévenus qui sont privés de la possibilité de se voir condamner à une peine de travail pour le seul motif qu'ils comparaissent sur opposition. « Une telle mesure revient à priver cette catégorie de prévenus d'une partie de leurs droits de défense parce qu'ils n'ont pas comparu devant le tribunal, ce qui n'est pas compatible avec les exigences du procès équitable » ⁶¹.

Le second arrêt censure la disposition législative qui requiert l'unanimité des membres du siège d'une juridiction qui, en appel, condamne à une peine de travail un prévenu que le premier juge a condamné à une peine d'amende. Cela reviendrait à créer une différence de traitement entre opposants et appelants d'une condamnation à une peine d'amende, compte tenu de l'arrêt n° 4/2007. Par ailleurs, il « n'est pas raisonnablement justifié qu'une catégorie de prévenus soient privés de la possibilité de se voir condamner à une peine de travail pour le seul motif qu'ils font appel et que les membres de la juridiction d'appel ne sont pas unanimes ».

Les commentateurs des arrêts ont souligné la « différence d'approche sensible » ⁶² entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation quant à la gravité d'une peine. « D'une appréciation à l'origine purement abstraite des systèmes successifs de répression, la Cour (de cassation), sous la pression de la Cour constitutionnelle, a pris en considération de nouveaux critères, à savoir, la volonté du législateur d'accroître la répression pénale et l'impression subjective du prévenu quant à la gravité respective de deux peines » ⁶³. La Cour de cassation s'est d'ailleurs inclinée et prend désormais en compte la « peine consentie » dans l'échelle des peines ⁶⁴.

La jurisprudence relative à l'échelle des peines montre l'importance que la Cour accorde à l'implication de la personne sanctionnée dans le choix de la sanction.

60 CC, arrêts n° 4/2007 du 11 janvier 2007, arrêt n° 147/2007 du 28 novembre 2007.

61 CC, arrêt n° 4/2007 du 11 janvier 2007. La Cour renvoie à cet égard à l'arrêt *Van Geyseghem c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 janvier 1999.

62 H. SIMONART, *op. cit.*, p. 359. Et l'auteur de conclure : « D'où cette question, posée par un étudiant à l'un de ses professeurs : Finalement, la peine de travail est-elle bien une peine plus sévère que l'amende ? D'où aussi, sans doute, la réponse de Normand qui lui fût donnée : c'est affaire de point de vue... ».

63 A. DE NAUW et F. KUTY, *op. cit.*, pp. 268 et 369.

64 Cass. 20 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1275 : « L'arrêt refuse d'infliger au demandeur une peine de travail parce que cette peine est plus sévère que l'amende infligée par le premier juge et que la cour d'appel n'est saisie que par l'appel du demandeur. Ainsi que l'arrêt le décide, la peine de travail est, en raison de son objet, plus sévère que l'amende de même nature puisque son incidence sur la liberté individuelle est plus importante. Toutefois, contrairement aux autres peines, le juge ne peut prononcer la peine de travail que si le prévenu est présent ou représenté à l'audience et après qu'il a donné son consentement. À condition de ne pas remplacer une peine de police par une peine correctionnelle, la substitution d'une peine consentie à une peine infligée n'outrepasse pas la limite des intérêts du prévenu. Il en résulte que le juge ne méconnaît pas l'effet relatif de l'appel en remplaçant, sur le seul recours du prévenu, l'amende correctionnelle encourue devant le premier juge par une peine de travail ». V. égal. A. DE NAUW et F. KUTY, *op. cit.*, p. 269, note 165, et pp. 368-369.

Cette implication est également prise en compte par la Cour constitutionnelle dans deux arrêts relatifs à l'exécution des peines ⁶⁵. Dans le premier arrêt, la Cour relève, en se basant sur les travaux préparatoires de la loi, que le législateur a jugé particulièrement important que, pendant le processus de décision, le condamné puisse être entendu et confronté personnellement aux obligations et conditions auxquelles il peut être soumis ». La Cour ne juge dès lors pas cohérente au regard de ce but l'impossibilité pour le condamné qui n'a pas comparu, de faire opposition à une décision de révocation, en vertu de laquelle [...] il est immédiatement réincarcéré. Selon le second arrêt, « le législateur a pu raisonnablement considérer que la comparution personnelle du condamné à une audience du tribunal de l'application des peines où celui-ci examine l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, puisse contribuer à ce que le condamné accepte et respecte les conditions imposées par le tribunal ». Mais cet objectif ne peut justifier une impossibilité pour le condamné de se faire représenter par son conseil lors d'une audience où le tribunal n'examine pas l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine.

C.- Les contours de la sanction

Au fil de ses arrêts, la Cour constitutionnelle est régulièrement amenée à déterminer si une mesure peut ou non être qualifiée de sanction. Comme le relève Michel van de Kerchove, la volonté exprimée par le législateur est le point de départ du raisonnement du juge constitutionnel ⁶⁶. Quelques arrêts récents illustrent le propos ⁶⁷.

Ne sont pas des peines les mesures de réparation en matière d'urbanisme spécifiquement liées aux infractions compte tenu de leur fondement et de leur finalité. « Elles ne visent pas tant à atteindre l'auteur de l'infraction qu'à sauvegarder l'intérêt général en matière d'urbanisme. Les mesures de réparation peuvent être demandées tant devant le juge pénal que devant le juge civil et peuvent être ordonnées alors même qu'aucune peine n'est prononcée » ⁶⁸. Ne constitue pas une mesure pénale au sens des articles 10, 11 et 12, alinéa 2, de la Constitution, ainsi que des articles 6 et 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le stage parental que peut ordonner le juge de la jeunesse pour rappeler à l'ordre des parents qui ont manifesté un désintérêt caractérisé à l'égard de leur enfant. Une telle mesure « vise en substance à leur faire prendre conscience de leur rôle et de leur responsabilité de parents et à les encadrer au moment de la reprise de l'éducation de leur enfant et du rétablissement de l'autorité parentale sur celui-ci ». Elle présente donc les caractéristiques d'une mesure d'encadrement ⁶⁹.

Lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle n'hésite pas, au besoin, à modifier la qualification d'une mesure. Saisie d'une question préjudicielle quant à la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme de la loi relative à la sécurité lors des matches de football, loi qui permet à une autorité administrative d'infliger une interdiction immédiate de stade,

⁶⁵ CC, arrêts n° 37/2009 et 39/2009 du 4 mars 2009.

⁶⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge », *op. cit.*, p. 957.

⁶⁷ Pour de plus amples développements, v. *id.* V. égal. T. BOMBOIS et D. DEOM, « La définition de la sanction administrative », in *Les sanctions administratives* (dir. R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 25-142 ; H.-D. BOSLY, « Réplique. Poursuites pénales et application des sanctions administratives », in *ibid.*, pp. 143-153.

⁶⁸ CC, arrêt n° 65/2004 du 28 avril 2004.

⁶⁹ CC, arrêt n° 49/2008 du 13 mars 2008.

que le juge *a quo* qualifie de « sanction pénale », elle affirme sa propre compétence : « s'il appartient aux juridictions d'interpréter les lois qu'elles appliquent, en revanche il incombe à la Cour (...) de rechercher si la mesure soumise à son contrôle doit être qualifiée de pénale afin de veiller au respect des garanties résultant des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 précité ». Compte tenu des modalités de la mesure et du but du législateur, la Cour considère l'interdiction immédiate de stade comme une mesure de sûreté temporaire qui n'implique aucune décision quant au bien-fondé d'une accusation en matière pénale ⁷⁰.

Même si le législateur peut opter pour une répression pénale ou administrative, la Cour s'attache à rechercher le caractère répressif des sanctions pécuniaires qui peuvent être infligées par l'administration. Elle considère, en effet, que les principes généraux du droit pénal et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui se combinent avec les règles d'égalité et de non-discrimination s'appliquent indépendamment de la qualification de pénales ou de non pénales que la loi donne aux mesures prescrites ⁷¹. Comme Michel Melchior l'a souligné à propos des amendes administratives sociales et des amendes fiscales du Code de la T.V.A., la Cour constitutionnelle s'inspire très largement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et « s'efforce à propos des sanctions pécuniaires de droit belge d'adopter des arrêts qui n'exposent pas la Belgique à des condamnations par la Cour de Strasbourg, ce qui n'est pas toujours aisé » ⁷². La doctrine avait plaidé en ce sens. Adrien Masset relève que, lors de sa Chaire Francqui en 1993-1994, Alain De Nauw en appelait « à l'imagination de la doctrine et des plaideurs, mais aussi de la jurisprudence de la Cour (constitutionnelle) ». Et l'auteur de souligner que c'est grâce au volontarisme des juridictions de fond que « cet appel à l'imagination a été entendu et il se vérifie que les normes minimales auxquelles doit répondre le régime des sanctions administratives a ainsi trouvé un cadre juridique plus affiné » ⁷³.

Selon une jurisprudence constante, la Cour considère qu'« il appartient au législateur d'apprécier s'il y a lieu de contraindre l'administration et le juge à la sévérité quand une infraction nuit particulièrement à l'intérêt général. Mais s'il estime devoir permettre à l'administration de moduler l'importance de la sanction, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge » ⁷⁴. « Ce contrôle doit permettre au juge de vérifier si cette décision est justifiée en fait et en droit et si elle respecte l'ensemble des dispositions législatives et des principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité ». Un tel contrôle inclut la vérification de la culpabilité ⁷⁵.

70 CC, arrêt n° 175/2002 du 5 décembre 2002.

71 V. not. A. MASSET, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions en droit interne belge », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2005, pp. 441-466.

72 M. MELCHIOR, « Quelques propos sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de sanctions administratives ; prise en considération directe ou indirecte de la jurisprudence de Strasbourg », in *Liber Amicorum Paul Martens...*, *op. cit.*, pp. 813-822, spéc. p. 822. La Cour constitutionnelle n'hésite pas à fonder son argumentation sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. On citera, à titre d'exemple, l'arrêt n° 99/2009 du 18 juin 2009 dans lequel la Cour définit la sanction pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention en se référant à l'arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006.

73 A. MASSET, *op. cit.*, pp. 445-446.

74 Cette jurisprudence est notamment reprise dans l'arrêt n° 79/2008 du 15 mai 2008. Sur cette question, v. D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE et F. PIRET, « Le régime juridique de la sanction administrative », in *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, pp. 155-259, spéc. p. 232.

75 CC, arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003. V. T. BOMBOIS et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 30-32.

Deux arrêts de 2007 concernant les majorations et amendes en matière de sécurité sociale illustrent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Dans un premier arrêt ⁷⁶, la Cour constitutionnelle s'interroge sur la qualification à donner à une majoration de cotisations sociales égale au double du montant dû. La disposition en cause fait partie d'un ensemble de mesures par lesquelles le législateur vise une répression efficace des pratiques frauduleuses de pourvoyeurs de main d'œuvre. En se fondant sur la lourdeur de la sanction, sur la finalité de la mesure, qui est de prévenir et sanctionner un manquement à la règle de droit et non de réparer un dommage causé à l'O.N.S.S., et sur le fait que « connaissant à l'avance la sanction qu'elle risque d'encourir, la personne qui ne respecte pas la règle précitée sera incitée à la respecter », la Cour conclut au « caractère répressif dominant » de cette majoration qui est donc une sanction de nature pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et doit être conforme aux principes généraux du droit pénal. La Cour de cassation belge n'a malheureusement pas suivi ce raisonnement. Dans un arrêt rendu quelques mois plus tard, elle qualifie cette mesure d'« indemnité forfaitaire de réparation, prévue dans l'intérêt général, de l'atteinte portée au financement de la sécurité sociale » ; « cette majoration constitue une mesure civile de réparation à laquelle le principe de proportionnalité des peines ne s'applique pas » ⁷⁷. Cette divergence de jurisprudence est évidemment regrettable et nuit à la sécurité juridique. Comme l'a souligné David Renders, elle aurait pu être évitée si la Cour de cassation avait accepté de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ⁷⁸. L'on relève d'ailleurs que la disposition de loi spéciale relative à la Cour constitutionnelle relative à l'obligation de poser une question préjudicielle a été renforcée en 2009 dans l'hypothèse du concours de protections constitutionnelle et conventionnelle ⁷⁹.

Dans un second arrêt ⁸⁰, la Cour constitutionnelle considère que le législateur a changé en nature pénale la nature civile originaire de la condamnation d'office aux cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard prononcée par le juge en application de l'article 35, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés. Dès lors que la loi prévoit désormais que le montant ne peut en aucun cas être inférieur à 2500 euros par personne occupée et ce par mois ou fraction de mois, le législateur élève ses cotisations à « un montant qui est sans

76 CC, arrêt n° 86/2007 du 20 juin 2007.

77 Cass., 19 novembre 2007, *Revue de la jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles.*, 2008, p. 758, obs. D. RENDERS, « De la jurisprudence à l'unité à l'unité de la jurisprudence ».

78 D. RENDERS, *ibid.*, p. 766.

79 La loi spéciale du 12 juillet 2009 modifie l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. V. M. VERDUSSEN, « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en Belgique », in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle – La saisine par les citoyens*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 117-119 ; ID., « Interactions normatives et jurisprudentielles dans la protection des droits fondamentaux en Belgique : subsidiarité et circularité », in *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens* (dir. L. Potvin Solis), à paraître.

80 CC, arrêt n° 157/2007 du 19 décembre 2007. Sur cet arrêt, v. O. MICHIELS, « Du neuf au sujet de la condamnation d'office visée par l'article 35, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2008, pp. 39-48. V. égal. CC, arrêt n° 46/2008 du 4 mars 2008. Sur cet arrêt, v. O. MICHIELS, « Les précisions de la Cour constitutionnelle quant à la nature juridique de la condamnation d'office visée par l'article 35, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2008, pp. 411-417. Sur cette question, v. la position de la Cour de cassation : Cass., 29 mars 2010 et les conclusions de l'avocat-général R. MORTIER, www.juridat.be.

rapport avec le préjudice subi par l'organisme percepteur des cotisations de sécurité sociale ».

La nature « pénale » d'une mesure a des conséquences sur le plan constitutionnel. Il est contraire aux règles d'égalité et de non-discrimination que les personnes citées devant le tribunal du travail en vue d'être condamnées à payer à l'Office national de sécurité sociale la « majoration » en cause ne peuvent pas invoquer de circonstances atténuantes⁸¹ ni bénéficier du sursis à l'exécution des peines, alors qu'elle pourraient invoquer ces circonstances et bénéficier de ce sursis si elles étaient poursuivies pour les mêmes faits devant le tribunal correctionnel. Par ailleurs, des dispositions qui donnent une nature pénale aux cotisations ne peuvent être interprétées comme s'appliquant aux personnes qui ont commis des faits avant l'entrée en vigueur de la modification législative sous peine de violer les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸².

La Cour constitutionnelle rend encore en 2009 deux arrêts de principe sur ces questions.

Dans un premier arrêt⁸³, qualifié d'« étonnamment didactique » et « novateur » par David Renders⁸⁴, la Cour constitutionnelle récapitule sa jurisprudence en matière de sanctions administratives et compare la loi en cause en matière de sécurité privée et particulière aux autres lois qu'elle a déjà contrôlées. Elle rappelle que son pouvoir d'empiéter sur le domaine du législateur en ce qui concerne l'échelle des peines et les mesures d'adoucissement de celles-ci est limité aux hypothèses d'incohérences, qui peuvent alors être considérées comme des différences de traitement manifestement déraisonnables. En l'espèce, l'amende administrative et l'amende pénale ne répriment pas les mêmes faits. La Cour va néanmoins censurer la loi parce qu'elle a fixé le montant de l'amende administrative à un niveau élevé (25 000 euros), dans un souci de dissuasion et qu'elle permet par ailleurs que les amendes pénales qui sanctionnent d'autres infractions puissent être réduites à des montants largement inférieurs. Or, précise la Cour, les infractions pénales « sont censées être plus graves que les infractions punies d'une amende administrative ».

Dans un second arrêt⁸⁵, la Cour constitutionnelle précise, à propos d'une amende fiscale à caractère essentiellement répressif et donc « pénale » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il résulte de cette disposition et des principes généraux du droit pénal que « les principes fondamentaux de la personnalité des peines et de la présomption d'innocence doivent être respectés »⁸⁶.

III.- LA CONSTITUTION BELGE ET LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT EN MATIÈRE PÉNALE

Plusieurs thématiques liées au sujet envisagé dans ce troisième volet ont déjà été abordées précédemment.

81 CC, arrêt n° 86/2007 du 20 juin 2007. La majoration en cause n'est pas considérée comme une peine au sens de l'article 1^{er} du Code pénal.

82 CC, arrêt n° 157/2007 du 19 décembre 2007.

83 CC, arrêt n° 42/2009 du 11 mars 2009.

84 D. RENDERS, « La transposabilité des modalités d'individualisation des peines aux sanctions administratives dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, pp. 1185-1200.

85 CC, arrêt n° 119/2009 du 16 juillet 2009.

86 Sur cet arrêt, v. le commentaire de M. VANDEN EYNDE et J. DEVOS, « Personnalité de l'amende administrative », *Actualités fiscales*, 2009, n° 32, pp. 1-4.

Il en est ainsi de la thématique de la fragmentation du droit pénal dans l'État fédéral belge ⁸⁷.

Il en est ainsi également des rapports qu'entretiennent le droit pénal et les droits fondamentaux constitutionnellement protégés ⁸⁸. Cette thématique renvoie à celle des rapports entre le droit pénal et les droits fondamentaux protégés par des traités internationaux. Des questions essentielles et très contemporaines surgissent ici.

Existe-t-il ou non pour les États un devoir de pénalisation qui découlerait de l'effet positif et horizontal des droits fondamentaux ? Ce devoir de pénalisation réduit d'autant la souveraineté des États dans une matière qui a toujours été étroitement liée à l'idée de souveraineté étatique. Il est pourtant de plus en plus affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme, et sans doute dans une moindre mesure par la Cour de justice de l'Union européenne ⁸⁹. « Aucune disposition de droit international n'impose d'assortir de sanctions pénales les comportements discriminatoires », affirme en revanche la Cour constitutionnelle de Belgique ⁹⁰.

La question en appelle une autre : ce devoir de pénalisation ne remet-il pas en cause la pertinence du principe de subsidiarité pénale ? L'opinion concordante de la juge belge Françoise Tulkens dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie*, tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 4 décembre 2003, est très révélatrice de cette sensibilité ⁹¹. L'enjeu de la question est non négligeable : une expansion exorbitante du droit pénal n'est-elle pas de nature à entraîner un déploiement du contrôle social inconciliable avec l'essence même des droits fondamentaux, à savoir la liberté, au sens où la définit Jean Rivero : « un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel » ? C'est toute l'ambiguïté des rapports entre les droits fondamentaux et le droit pénal qui surgit ici : les droits fondamentaux jouent-ils un rôle d'accélérateur ou de ralentisseur de la répression pénale ? ⁹²

Reste une dernière thématique. Les développements du droit international pénal et la pression exercée par certaines normes internationales sur le droit pénal

87 V. *supra* (I.A.).

88 V. *supra* (I.A.).

89 V. J. PIERET, *Le droit à la sécurité : du désirable à l'exigible ?*, Thèse présentée à l'Université Libre de Bruxelles en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, 2010, dactyl.

90 CC, arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004. Cependant, l'arrêt est trop isolé sur ce point pour prétendre en tirer des enseignements décisifs.

91 « Je partage entièrement l'approche générale suivie par la Cour (§§ 148 et sv. de l'arrêt) et son application de celle-ci dans le cas d'espèce (§§ 169 et sv. de l'arrêt). Le seul point que je souhaiterais clarifier est relatif à l'usage de la voie pénale. En se fondant, notamment, sur l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, la Cour considère 'que les États ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol (...) ' (§ 153 de l'arrêt). Certes, le recours au droit pénal peut se comprendre pour ce type d'infraction. Toutefois, il importe aussi de rappeler, *sur un plan plus général*, comme le fait d'ailleurs l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* lui-même, que 'le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution' (p. 12, § 24 *in fine*). Je pense que l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et que son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine "retenue". Quant au postulat que la voie pénale serait, en tout état de cause, la plus efficace en termes de prévention, les observations contenues dans le *Rapport sur la décriminalisation* du Comité européen pour les problèmes criminels montrent bien que l'efficacité de la prévention générale fondée sur le droit pénal dépend de nombreux facteurs et que celle-ci n'est pas la seule façon de prévenir les comportements indésirables ».

92 V. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VANDROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, Publications des FUSL., 2007.

national rendent désormais cruciale la question de l'articulation entre ce dernier et le droit international. Au-delà, c'est également la question de l'articulation entre le droit international pénal et la Constitution qui surgit avec une acuité particulière. Pour ce qui concerne la Belgique, on se limite ici à un exemple.

En vertu de l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998, les chefs d'États, ou de gouvernement, les membres d'un gouvernement ou d'un Parlement, les représentants élus ou agents d'un État, ne peuvent en aucun cas être exonérés de la responsabilité pénale. En outre, la qualité officielle ne peut constituer, en tant que telle, un motif de réduction de la peine. De nombreuses Constitutions ont été révisées afin de mettre l'ordre juridique interne en conformité avec les obligations nouvelles tirées de l'article 27. À l'inverse, certains États, telle la Belgique, sont restés en défaut de le faire.

La section de législation du Conseil d'État, saisie par le Ministre des Affaires étrangères d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet de loi portant assentiment au Statut de la Cour pénale internationale, a donné un avis le 21 avril 1999⁹³. Le Conseil d'État observe que le Statut de Rome auquel la loi en projet entend procurer assentiment contient un ensemble de dispositions qui ne se concilient pas avec les prescriptions de la Constitution. Parmi ces dispositions, figure l'article 88 de la Constitution. Selon le Conseil d'État, « il ne revient ni aux auteurs du Statut, ni à ceux de la loi d'assentiment de procéder à une révision, fût-elle implicite, de la Constitution et de modifier de la sorte le statut des pouvoirs publics que cette dernière établit. Si la Belgique entend ratifier un tel traité et si le pouvoir législatif entend l'approuver, il convient que des modifications soient apportées, selon la procédure inscrite au titre VIII de la Constitution, à plusieurs dispositions constitutionnelles. Pour éviter un éparpillement de ces modifications, qui pourrait au surplus rendre la lecture de la Constitution difficilement compréhensible, il est suggéré d'insérer, par exemple dans un article 168^{bis} nouveau de la Constitution, la disposition suivante : "L'État adhère au statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998". Pareille disposition couvrirait les adaptations qui en résultent dans l'ordre juridique constitutionnel et autoriserait celles qui devraient, en conséquence, être apportées aux lois et règlements. La technique suggérée permet de concilier la volonté de rendre effectifs les engagements pris par la Belgique au sein de l'Organisation des Nations Unies avec le respect des règles les plus essentielles du droit public et le souci d'une rédaction ordonnée de la Constitution ». Il n'a pas été donné suite à cette suggestion de la section de législation du Conseil d'État.

93 *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1999-2000, n° 2-329/1.