

Réformer le Code pénal aujourd'hui : un idéal à reconsidérer ?

Introduction

Le modèle pénal de nos sociétés modernes trouve ses fondements au XVIII^e siècle, avec l'émergence de la pensée pénale classique, incarnation d'une nouvelle rationalité juridico-pénale en rupture avec la pénalité théocratique de l'Ancien Régime¹. De ce projet, dont la dimension politique est étroitement liée au rôle du droit pénal tant comme incarnation du pouvoir de punir de l'Etat que comme relais privilégié de la morale sociale, le code pénal sera le vecteur par excellence.

Deux siècles plus tard, à l'entame d'une « deuxième modernité » ou d'une période parfois qualifiée de « post-moderne »² que certains associent aussi à une « ère de la décodification »³, le code pénal résiste, toujours solidement installé au cœur de nos systèmes de politique criminelle. Débordé par un droit pénal particulier hors code toujours plus envahissant, pris en tenaille entre des sources de droit pénal supranationales comme infranationales, le code pénal continue à incarner dans l'inconscient collectif ce qu'il est peut-être de moins en moins : le noyau dur du pénal, cet ensemble d'incriminations fondamentales dont toute société se dote pour forger son armature symbolique et assurer sa cohésion sociale.

Instrument particulièrement lourd à manier, le Code pénal a néanmoins longtemps été considéré comme le passage obligé de toute réforme des politiques criminelles. Est-ce encore le cas aujourd'hui ? Si diverses tentatives de réforme, réussies ou avortées, ont eu lieu en Europe ces dernières années, ce n'est pas le cas en Belgique. Si l'on fait abstraction de déclarations d'intention récurrentes, les dernières tentatives récentes de réforme du code pénal remontent à l'avant-projet de Code pénal du Commissaire Legros en 1985. Depuis lors, le droit pénal a surtout évolué par modifications partielles et successives, même si celles-ci sont parfois substantielles⁴. Le relatif immobilisme du Code pénal souligne à cet égard deux choses : d'une part, que la réforme de l'instrument n'est pas nécessairement indispensable à l'évolution du droit pénal aujourd'hui, ce qui souligne en creux que le Code pénal ne remplit peut-être plus le rôle qui fût le sien au cours des deux siècles précédents ; d'autre part, que les conditions politiques et juridiques particulières pour mener à bien une réforme du Code pénal sur le modèle traditionnel ne sont plus réunies aujourd'hui dans des sociétés partiellement délivrées du fantasme de l'idéal d'une « loi parfaite »⁵.

Après un retour sur l'idéal de la codification et sa transposition en droit pénal (I), on cherchera ici à comprendre l'écart qui sépare aujourd'hui le code comme figure juridique de la réalité contemporaine du droit pénal et, dès lors, les difficultés que rencontre sa réforme dans nos sociétés contemporaines (II).

¹ Sur la rupture opérée par la pensée pénale classique, voyez e.a. M. van de Kerchove, Fr. Tulkens, Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques, Bruxelles, Kluwer, 2008, *Contra*, A. GIUDICCELLI, Modernité, postmodernité et doctrines pénales : une grille de lecture, in M. MASSE, J.P. JEAN, A. GIUDICCELLI (dir.), *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspectives des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, P.U.F., 2009, pp. 51-54.

² M. MASSE, J.P. JEAN, A. GIUDICCELLI (dir.), *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspectives des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, P.U.F., 2009.

³ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁴ Pour un panorama des évolutions récentes du droit pénal général en Belgique, voyez e.a. A. DE NAUW, Continuité et renouveau des principes généraux du droit pénal : contributions et échecs de la doctrine de la revue, in H.-D. BOSLY, G. DEMANET, J. MESSINE, B. MICHEL (dir.), *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie, 1907-2007*, Bruxelles, La Charte, pp. 1-15.

⁵ F. OST, L'amour de la loi parfaite, in J. BOULAD AYOUB (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 52-77.

I. L'idéal de la codification (pénale) ou une certaine idée de la perfection

Dans une étude publiée il y a une quinzaine d'années, F. Ost se penchait sur les diverses formes qu'a pris au cours de l'histoire le "rêve d'une loi parfaite". S'appuyant sur un ouvrage d'Umberto Eco consacré à la "recherche de la langue parfaite"⁶, l'auteur proposait un parallélisme entre cette quête d'un "Graal juridique" et la recherche utopique d'une langue universelle échappant aux dérives de la "babellisation"⁷. "Langue parfaite, loi parfaite": si l'histoire de cette double utopie nous concerne, c'est qu'elle croise bien celle de la codification du droit. L'idéal du code moderne, tel qu'il émerge dès le XVIII^e siècle, peut en effet se lire comme une des formes concrètes que prendra le rêve d'un langage juridique parfait à vocation universelle, sous la forme d'un droit juste et rationnel rassemblé dans un code ordonné de lois simples, claires et précises, reliées par une "chaîne" d'inférences logiques, selon une méthodologie parfaitement rigoureuse. On nous permettra de nous glisser ici dans les pas de cette étude pour introduire notre propos : elle semble éclairante pour comprendre ce qui a pu présider à l'élaboration et à la sacralisation du code pénal moderne comme espace privilégié d'incrimination, de même que pour saisir les difficultés que rencontre l'instrument dans un contexte où la "babellisation" du droit est plus que jamais à l'ordre du jour.

1. Le retour aux sources : langue originaire et droit naturel divin

Au cours de l'histoire, souligne F. Ost, la double quête d'une perfection de la langue et du droit s'est déclinée sous trois formes principales. La première est celle de la recherche d'une langue et d'une loi sacrées, qui répond à ce qu'on pourrait appeler l'âge théologique⁸. Là où U. Eco souligne la quête en Europe d'un retour à une langue sacrée et originaire, invariablement rapportée à l'hébreu, langue-mère de l'humanité dans laquelle Dieu se serait entretenu avec Adam, F. Ost met en avant la recherche d'une loi parfaite longtemps associée au message divin : d'Antigone invoquant les "lois non écrites des dieux" pour s'opposer aux édits positifs de Créon à certains principes théologiques toujours fondateurs du droit islamique aujourd'hui⁹, en passant par la *lex aeterna* de Saint-Thomas d'Aquin, "simultanément sacrée, originaire, naturelle, rationnelle, universelle et éternelle", un même fil porte ces démarches à des siècles de distance : la référence à un droit naturel, expression d'une raison divine et organisatrice du monde, loi sacrée, suprême et infaillible, auquel raison et loi humaines doivent se conformer en toutes choses.

Élaboré sur un modèle "pontifical" que soulignera bien P. Legendre, ce droit en quête de perfection se donne à voir ici comme ensemble de signes ou d'énoncés coupés du contexte historique de leur production, expression dogmatique d'une vérité révélée de nature divine : les juristes médiévaux notamment se feront les champions d'une modélisation théologique du droit, laquelle nécessite ces "passeurs" que sont les "docteurs de la loi" en prise directe avec "l'Auteur absent" d'un Texte dépositaire de tous les sens et dotés de toutes les qualités¹⁰.

2. L'utopie rationaliste : grammaire universelle et codification juridique

⁶ U. ECO, *La recherche de la langue parfaite dans la culture européenne*, Paris, Seuil, 1994.

⁷ F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, op.cit., pp. 52-77.

⁸ Voyez sur ce point, M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1978, pp. 17-53.

⁹ Sur ce point, voyez, e.a., B. DUPRET, La Sharia comme référent législatif, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1995, n°34, pp. 99-153.

¹⁰ P. LEGENDRE, *L'Amour du Censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Gallimard, 1974.

La deuxième forme du "rêve d'une loi parfaite" prend corps avec la modernité et le remplacement progressif de l'âge théologique par la métaphysique rationaliste et l'émergence d'une rationalité "more-géométrico". Triomphante au XVII^e siècle, le siècle de Descartes, une pensée du *système*, tablant sur l'abstraction et la spéculation rationnelle, se pose au fondement de la connaissance et de l'organisation pratique du monde retrouvées par la seule Raison. Sur le plan linguistique, U. Eco en fait remonter les prémisses à *l'Ars Magna* de Raymond Lulle qui, dès le XIV^e siècle, conçoit le projet d'une langue œcuménique, fruit d'une combinatoire logique élaborée à partir de propositions premières répondant à la structure ontologique et (encore) théologique du monde. Par la suite, à travers diverses tentatives, se déploie le "secret de la langue parfaite", langue affranchie de l'empirie et de ses corruptions, construite selon un principe d'inférences logiques sur la base de quelques principes premiers clairs et précis, dont pourraient ensuite se dériver un enchaînement langagier sur le modèle "droit" des mathématiques. Bref, cette quête d'une langue *a priori* nourrit un nombre considérable de projets qui, de Bacon à Descartes, en passant par J. Wilkins et G. Leibniz, cherchent à « produire par la spéculation rationnelle ce que les langues saintes et originelles n'ont jamais pu donner : une nomenclature universelle et limitée d'éléments primitifs et univoques et un système rationnel de dérivation des termes dérivés »¹¹.

En droit, ce retournement qui associe dorénavant "loi parfaite" et raison géométrique trouve sa théorisation avec la naissance du droit naturel moderne et sa consécration pratique dans les premiers codes iusnaturalistes : de Grotius à Leibniz, de Wolff à Domat, les projets de "mise en ordre" du droit se multiplient dans une démarche que certains associeront à une "révolution copernicienne du droit"¹². En réaction aux longueurs et aux incertitudes de la justice que produit un système de droit pluriel et complexe, inductif et contingent (*ex facto ius oritur*), le droit se conçoit désormais comme science et se construit comme langage, à partir d'un ensemble de principes abstraits dont découlerait l'ensemble des propositions juridiques, selon des modes d'inférence logico-déductifs. Dans la pratique, cet idéal de perfection rationnelle, associé à une logique « more-geometrico », trouve sa traduction dans un vaste mouvement de codification pénale dans l'Europe des Lumières au cours de la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Incarnation du pouvoir de l'Etat, c'est bien le droit pénal qui sera le premier vecteur de cet idéal "qualitatif" de codification¹³, associé à la création d'une grammaire universelle.

Ce rêve éveillé d'un droit parfait, traduction juridique du mythe de la cité idéale ou de celui d'une langue universelle, trouve sa traduction dans un idéal du code pénal que l'on peut en substance synthétiser comme suit : fondé sur le primat de la loi, porteur d'une structuration pyramidale construite sur un principe d'inférences logiques à caractère déductif, le code pénal se fait le relais d'un modèle de justice imposée qui assure le pouvoir de punir de l'Etat, seul maître et source du droit sur son territoire. Ecrit de manière claire et concise, ce « bréviaire des lois » se trouve débarrassé de toute lacune ou contradictions, se présente comme un ensemble unique marqué par la cohérence entre sa partie générale et sa partie spéciale et revendique la complétude d'un texte érigé en seule source des incriminations et des peines. Destiné à dire le droit pour l'avenir, au risque de le figer pour longtemps, il a pour objectif de baliser clairement les règles fondamentales du jeu social, d'en assurer une meilleure connaissance et la diffusion auprès des citoyens. Instrument d'unification et de simplification de l'arsenal pénal, il a aussi pour fonction de rappeler l'autorité du souverain dont il est le bras armé, de « naturaliser » les valeurs et intérêts qu'il protège et de gommer l'historicité de sa construction derrière sa toute puissante rationalité.

¹¹ F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, op. cit., p. 61

¹² P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, Paris, PUF, 1990, p.377.

¹³ C. VARGA, Utopias of rationality in the development of the idea of codification, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1978, n° 1, pp. 21-38.

Repérables notamment dans les écrits de Jeremy Bentham, un des plus célèbres penseurs de la codification qui sera aussi celui du *Panopticon* carcéral, les principales qualités d'un "*Pannomion*" ou "*Complete body of legislation*"¹⁴ évoquées ci-dessus ne sont pas toutes l'apanage du seul code pénal. Si elles concernent bien souvent l'idéal de la codification en général¹⁵, il n'en reste pas moins qu'elles se sont élaborées d'abord à partir du code pénal, *via* le mouvement de codification pénale classique à la fin du XVIII^e siècle et qu'on les retrouve également dans les grandes codifications du XIX^e siècle, y compris dans le Code pénal belge néo-classique de 1867. En outre, la fonction d'unification et de centralisation politique attribuée au Code est sans doute plus affirmées en droit pénal que dans les autres branches du droit, ce qui explique régulièrement les résistances au processus de codification pénale, comme ce fût le cas en Belgique sous la période hollandaise¹⁶.

II. Réformer le Code pénal en Belgique : une utopie à l'entame du XXI^e siècle ?

Deux siècles plus tard, l'imaginaire de la codification tel que construit par ses pères fondateurs semble singulièrement mis à mal. Peut-on encore codifier en matière pénale « à l'ère de la post-modernité »¹⁷ ? Certes, certaines réformes du code pénal ont pu aboutir à l'étranger, en France en 1994 ou en Espagne en 1995, par exemple. Mais, dans les deux cas, il n'est pas sûr que la codification obtenue réponde encore à l'idéal classique du code¹⁸ ou qu'il ne trahisse pas une forme d'anachronisme en rupture avec son temps¹⁹. En Belgique en tous cas, le projet de réforme est aux soins intensifs – sinon palliatifs – depuis 30 ans et on ne voit pas très bien ce qui ranimerait le mort en sursis. Comment expliquer cette difficulté ? Un premier élément d'explication renvoie au temps habituellement long de la codification ou de la réforme d'un Code pénal dans notre pays. Un second, plus fondamental, questionne la place de l'instrument dans un contexte socio-juridique qui a profondément évolué et appelle à se demander si ce n'est pas vers la troisième figure de loi parfaite évoquée par F. Ost qu'il faut se tourner, plus soucieuse d'harmonisation et de combinatoire que d'imposition et de hiérarchie.

1. Réformer le Code pénal : une œuvre de longue haleine

Si le XVIII^e siècle donne le signal des premiers code pénaux modernes, le XIX^e poursuivra le mouvement. En ce qui concerne l'histoire pénale de la Belgique, deux monuments vont marquer la pénalité : le code pénal français de 1810, lequel vient rapidement réformer les options parfois radicales du code révolutionnaire de 1791 et le Code pénal de 1867, premier (et dernier ?) code pénal spécifiquement belge. Le XX^e siècle verra lui l'échec d'une nouvelle réforme. Une tentative aura bien lieu, donnant naissance à la rédaction d'un *Rapport sur les principales orientations de la réforme* par une Commission pour la révision

¹⁴ Voyez J. BENTHAM J., "Traité des sophismes politiques" in *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I., Bruxelles, E. Dumont, 1829, pp. 473-545 ; J. BENTHAM, "Principes du Code pénal", in *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I., Bruxelles, E. Dumont, 1829, pp. 307-370.

¹⁵ Voyez J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, ULB, 1967.

¹⁶ J. GILISSEN, Codifications et projets de codification en Belgique au XIX^e siècle (1804-1914), *Revue Belge d'Histoire Contemporaine*, 1983, n^o spécial, pp. 203-280.

¹⁷ M. GRACIA BLANCO, Codification et droit de la postmodernité : la création du nouveau Code pénal espagnol, *Droit et Société*, 1998, n^o 40, pp. 509-534.

¹⁸ Sur le code pénal français, voyez P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, 1998.

¹⁹ M. GRACIA BLANCO, *Codification et droit de la postmodernité : la création du nouveau Code pénal espagnol*, *op. cit.* ;

du code pénal en 1979²⁰, texte suivi par un *Avant-projet de Code pénal* publié en 1985 par le commissaire royal à la réforme R. Legros²¹ et par des *Observations* sur cet Avant-projet proposées par la Commission pour la révision précitée et publiées en 1988²². Depuis, la tentative de réforme du Code pénal de 1867 est au point mort.

Comment l'expliquer ? Un élément générique tient au fait que la réforme d'un code pénal n'est jamais une sinécure et qu'il s'agit régulièrement d'un oeuvre de longue haleine. La longue maturation nécessaire à la promulgation du Code pénal de 1867 en Belgique en fournit une première illustration. C'est en effet dès 1834 que le processus de révision du Code pénal français est entamé, avec un projet de loi du ministre de la Justice de l'époque, J. Lebeau, lequel propose des modifications au code pénal ainsi qu'au code d'instruction criminelle. Rapidement frappé de caducité, ce projet est repris par une commission chargée de la révision du code pénal en 1848. Après moult péripéties, un nouveau Code pénal est finalement promulgué le 8 juin 1867²³. Si l'on prend pour balise la première initiative, qui suit de trois ans l'indépendance de la Belgique, une trentaine d'années seront donc nécessaires pour aboutir à ce nouveau texte. Pourtant, ce Code s'apparente avant tout à « une révision, une amélioration scientifique et une modernisation du code français de 1810 »²⁴, bénéficie d'un contexte relativement consensuel dominé sur le plan pénal par une rationalité néoclassique que ne perturbe pas encore la « révolte positiviste » et peut compter sur l'impulsion d'un *duo* d'auteurs prestigieux avec J.J. Haus et J.S.G. Nypels²⁵. Quant à l'étape suivante - le processus de réforme du Code pénal de 1867 -, elle n'en sera pas moins longue : l'Avant-projet de 1985 qui en constitue le point terminal trouve ses prémisses dans un arrêté du Régent du 9 novembre 1946, lequel institue une commission chargée d'étudier la révision du droit pénal et de la procédure pénale²⁶. Il faudra ici aussi une quarantaine d'années pour arriver à un projet, consistant certes, mais qui restera sans suite.

Le temps long de la réforme est donc, en Belgique en tous cas, une réalité. On peut faire l'hypothèse qu'il est consubstantiel à l'instrument lui-même, ceci pour trois raisons : tout d'abord, la cohérence d'ensemble d'un code rend tout changement particulièrement complexe par l'effet *domino* qu'il est susceptible d'entraîner. Modifier un maillon de la chaîne a très vite des implications sur les autres rouages et peut générer des effets problématiques non prévus au départ. Ensuite, pour peu que des rationalités diverses s'affrontent dans le champ pénal – ce qui est très régulièrement le cas dans un domaine marqué par les enjeux éthiques et politiques –, forcer le consensus nécessaire à la rédaction d'un texte cohérent et sans contradictions n'est pas une sinécure. Enfin, si la vocation d'un Code est d'inscrire le droit dans la durée, en matière pénale ce sont des valeurs sociales fondamentales qu'il s'agit de graver dans le marbre. L'enjeu est de taille et l'on comprend que, dans de sociétés qui assument de plus en plus leur pluralisme référentiel, une entreprise qui tend à « figer le droit »

²⁰ COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Moniteur belge, 1979.

²¹ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Moniteur Belge, 1985.

²² COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Observations de la Commission sur l'Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Moniteur belge, 1988.

²³ Sur l'ensemble du processus menant à la promulgation du code pénal de 1867, voyez e.a. F. BARTHOLEYNS, La codification en droit pénal : une voie sans issue ? in *Actualité de la codification. Droit belge et européen*, *Revue de la Faculté de Droit de l'ULB*, 2003, n°2, pp. 166-171 ; Fr. STEVENS, La codification pénale en Belgique. Héritage français et débats néerlandais (1781-1867), in X. ROUSSEAU, R. LEVY (ed.), *Le pénal dans tous ses états. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, Bruxelles, FUSL, 1997, pp. 287-302 ; J. VANDERLINDEN, Le code pénal belge entre 1830 et 1867, in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, ULB, 1985, pp. 707-731.

²⁴ M. ANCEL, Réflexions d'un pénaliste étranger sur le Code pénal de 1867, *R.D.P.C.*, 1967, n°2, p. 128.

²⁵ J.Y. DAUTRECHOURT, Les auteurs du Code pénal belge de 1867, J.J. HAUS (1796-1881), J.S.G. NYPELS (1804-1886), *R.D.P.C.*, 1967, n°2, pp. 79-85.

²⁶ Sur ce processus et ses résultats, voyez F. BARTHOLEYNS, *op. cit.*, pp. 172-201.

se révèle ardue, dès lors qu'elle peut consacrer des options « qui risquent longtemps d'être irréversibles même si elles sont erronées »²⁷.

2. Réformer le Code pénal à l'ère de la « baroquisation du droit » : mission impossible ?

On peut ensuite, et plus fondamentalement, se demander si les conditions nécessaires à la réforme d'un code pénal, instrument hérité du XVIII^e siècle, sont encore bien réunies deux siècles plus tard. Ne serions-nous pas entrés « dans une baroquisation du droit qui a rendu définitivement caduc l'idéal classique de cohérence et de clarté... » propre à la codification ? Et la difficulté ne serait-elle pas exacerbée en Belgique, dès lors que, comme le souligne P. Martens, dans ce pays, « à la fragmentation des matières s'ajoute la fragmentation de l'Etat » et que « le surréalisme n'est pas étranger à nos constructions législatives... »²⁸ ? Si on la compare aux fondamentaux de la codification, l'évolution de la production juridique pénale semble en effet traduire un décalage important.

Au commencement était le Souverain-Législateur. Mais ce couple idéal tient-il toujours le devant de la scène ? Comme le soulignait justement Fr. Tulkens, « on ne peut que constater l'antinomie partielle qui existe entre le projet de codification qui symbolise l'uniformisation des sources du droit, la primauté de la loi et le caractère central de l'Etat et le fait qu'au même moment s'affirme de plus en plus nettement la limitation de la souveraineté nationale notamment par les engagements internationaux, le déclin de la loi et l'hétérogénéité croissante des sources du droit »²⁹. Incarnation du monisme juridique autant que d'un modèle pyramidal de droit, l'idéal de la codification pénale semble clairement débordé aujourd'hui tant par la reconnaissance d'un pluralisme juridique polycentrique que par un mode d'écriture « à plusieurs mains » faisant appel à l'image d'un « droit en réseau »³⁰. « Noyau dur » originaire du droit pénal, le Code pénal est aujourd'hui largement dépassé par un droit pénal particulier hors code qui, quantitativement, est devenu nettement plus important que le jeu des incriminations et des peines prévues au livre II du Code pénal. L'enjeu n'est pas minime, dès lors que le développement dynamique de ce droit pénal particulier tend à constituer de véritables sous-ensembles normatifs autonomes, quitte à recourir à des techniques procédurales particulières, des peines spécifiques ou des modes particuliers de règlement des conflits³¹.

Le « culte de la loi », associé au respect strict d'un principe de légalité assimilé à la loi étatique, n'est pas moins mis à mal par les évolutions du droit pénal contemporain. Transformé aujourd'hui en principe de « légalité élargie », le sacro-saint principe de légalité, gage de sécurité et de prévisibilité juridique, n'a plus qu'un lointain rapport avec ce qu'en faisait l'idéal codificateur. On sait que la loi englobe aujourd'hui des sources de droit international comme national et qu'au regard de l'article 7, al. 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le terme « loi » recouvre du droit écrit mais aussi « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». De même, toujours au regard de l'article 7 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme admet-elle désormais que le terme « loi » puisse englober certaines règles jurisprudentielles pour autant que celles-ci répondent à des qualités « entre autres

²⁷ J. GOL, La réforme du Code pénal et la motivation des peines, *Annales de droit*, 1983, n° 1-2, p. 151.

²⁸ P. MARTENS, L'évolution de la codification en Belgique, *J.T.*, 2004, n° 6137, p. 450.

²⁹ Fr. TULKENS, Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français, *Archives de Politique Criminelle*, 1995, n° 17, p. 28.

³⁰ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la Pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

³¹ P. LASCOUMES, L'ordre public partiel du nouveau code pénal, *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, 1994, n° 18, p. 102.

d'accessibilité et de prévisibilité »³². Entre la loi et le juge, les temps semblent plus à la complémentarité qu'à la séparation nette des rôles et des fonctions... Dans l'ordre interne, le caractère strict du principe de légalité s'est lui aussi singulièrement assoupli. La disgrâce croissante de la loi pénale parlementaire au profit de procédures d'initiatives ou de renvoi plus techniques ou administratives telles que les arrêtés du gouvernement, les directives ministérielles voire les circulaires de politiques criminelles, ainsi que l'émergence de "zones grises" où le légalisme pénal est relayé par des sanctions de nature administrative, disciplinaire ou même civile, ne renforcent évidemment pas le légalisme strict des délits et des peines³³. Ainsi, la délégation du pouvoir de légiférer à l'exécutif semble admise de manière de plus en plus large, un principe de rapidité et d'efficacité primant parfois sur le respect traditionnel de la séparation des pouvoirs³⁴. De même, l'acceptation croissante d'incriminations aux contours flous, au terme, il est vrai, d'une jurisprudence fluctuante de la Cour Constitutionnelle³⁵, outre qu'elle va à l'encontre de l'idéal d'infractions claires et précises, renforce le rôle des juges comme co-créateurs de la loi pénale. En effet, désormais, une infraction aux contours flous ne viole plus le principe de légalité, dès lors qu'un principe de lisibilité et de prévisibilité est respecté au vu du contenu de l'incrimination et *de son interprétation par les juridictions*³⁶. Implicitement, c'est aux juges que l'on demande aujourd'hui dans bien des cas de venir préciser le sens de la loi à partir du cas. Aussi, est-ce sans doute à bon droit que certains se demandent aujourd'hui si, pour connaître le droit, il n'est pas « plus utile... de lire le rapport annuel de la Cour de cassation, bientôt celui de la Cour d'arbitrage, ces compilations à droit inconstant », dès lors que le droit naît sans doute « essentiellement de la jurisprudence dont la loi stimule la production, moins par la clarté de ses énoncés que par son obscurité créatrice et ses contradictions libératoires »³⁷. Enfin, comment ne pas évoquer ici, alors que se profile avec le Traité de Lisbonne de 2007 plus qu'un embryon de droit pénal européen, l'érosion du droit pénal étatique par le bas sous les poussées successives du fédéralisme de dissociation que connaît la Belgique ? On le sait, l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 érige aujourd'hui le législateur décréteur en législateur pénal particulier à part entière, l'autorisant à créer des infractions et des peines dans les domaines qui sont de sa compétence, à déroger aux dispositions du livre I^{er} du code pénal et même à créer, sous contrôle il est vrai, des peines nouvelles non prévues au livre I du Code pénal.

Qu'en est-il du paradigme systématique propre à l'« ordre juridique » qu'a incarné de manière emblématique le Code pénal moderne ? On peut considérer qu'il connaît lui aussi une sérieuse crise d'autorité ou de légitimité aujourd'hui. D'une part, la désacralisation d'une mythologie transcendante, à caractère métaphysique ou scientifique - le mythe du législateur rationnel - ne permet plus de penser le droit pénal comme projet autonome situé hors du temps, dégagé des conflits de valeurs et d'intérêts qui président à son élaboration concrète. D'autre part, la mise en cause généralisée d'une justice "mécanique" et bureaucratique remet en question le primat d'une rationalité déductive et linéaire, fondée sur une loi générale et

³² Cour eur. D.H., 17 septembre 2009, arrêt *Scoppola c. Italie*.

³³ M. DELMAS-MARTY, Nouveau Code pénal. Avant-propos, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1993, n°3, p. 441.

³⁴ A ce sujet, voyez C.A. 2 février 2005, n°27/2005 où, en matière de roulage, une large délégation au Roi pour la détermination des différentes catégories d'infraction sera admise au motif que « l'objectif du législateur est mieux servi par une délégation au pouvoir exécutif dont les instruments sont plus flexibles qu'une loi ».

³⁵ Sur cette jurisprudence et ses oscillations, voyez. F. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Kluwer, 9^e éd., 2010.

³⁶ C.A., 14 juin 2006, arrêt n°98/2006. Voyez aussi, dans le même sens, Cour eur. D.H., 17 septembre 2009, arrêt *Scoppola c. Italie*.

³⁷ P. MARTENS, *L'évolution de la codification en Belgique*, op. cit., p. 51.

abstraite : « Propositions abstraites, subtiles interprétations verbales, déductions fortement enchaînées, simplifications parfois excessives, conclusions toujours catégoriques »³⁸..., le légalisme codificateur apparaît aujourd'hui réducteur, voire sans adéquation avec le "juste" *in concreto*. Cette crise de la Raison accentue aussi le retour du juge comme source du droit, substituant à une rationalité substantielle abstraite, soit une rationalité procédurale soulignant l'importance d'un débat judiciaire argumenté pour faire émerger *in casu* la vérité d'un conflit singulier, quitte à recalibrer incriminations et peines, soit une rationalité managériale avec laquelle « la légitimité politique de l'exercice du droit de punir est escamotée par ses objectifs gestionnaires de productivité », d'efficacité et d'efficience³⁹.

Que dire encore de la temporalité prométhéenne du code moderne, axée sur un futur maîtrisé ? Sinon qu'il paraît difficile d'encore rêver d'immobiliser le droit, à l'heure où se multiplient des normes précaires, provisoires et révisables, caractérisées par une temporalité aléatoire⁴⁰.

Conclusion

En synthèse, on peut considérer que le vacillement des principaux caractères de l'idéal du code pénal moderne traduit le dépassement du modèle épistémologique de l'unité et de la simplicité propre à la modernité. Dans un contexte « post-moderne », diversité et complexité se trouvent réhabilitées⁴¹, en rupture avec l'idéal scientifique de cohérence et de complétude absolue qu'a longtemps incarné l'idéal d'une loi parfaite. Ce vacillement rend difficile à penser la réforme d'un Code pénal sur un modèle ancien qui s'apparenterait dès lors à la quête d'un paradis perdu ou d'« un Eden à reconquérir »⁴². Tout au plus pourrait-on, à vouloir sauver l'instrument, réfléchir à une troisième tournure de l'idéal de perfection qui, plus modeste et conformément aux ambitions revues à la baisse d'une raison devenue *pratique*, accepterait de prendre appui sur les réalités de terrain pour construire un ensemble de principes directeurs aptes à combiner et à intégrer les apports respectifs des différentes sources du droit.

Pensée sur le modèle ancien, la réforme du code pénal apparaît difficile. L'entreprise s'avérerait en outre particulièrement hasardeuse en Belgique, pays touché peut-être plus que d'autres par un processus de fragmentation culturelle et politique auquel répondent émiettement législatif et pouvoir croissant des juges dans leur fonction de création comme de contrôle du processus législatif. S'il est vrai, comme le souligne F. Ost, qu'un processus de codification réussie « va de pair avec un moment de centralisation politique et de contrôle étatique renforcé sur les sources du droit »⁴³, force est de constater qu'on est loin du compte. On ajoutera que le consensus relatif nécessaire à toute réforme serait sans doute plus difficile à trouver que jamais, dans un pays où le Sud va chercher son inspiration du côté de la France alors que le Nord regarde plus volontiers vers les Pays-Bas ou le monde anglo-saxon.

Yves Cartuyvels

³⁸ B. OPPETIT, De la codification, *Recueil Dalloz*, 1996, chronique 33, p. 38.

³⁹ D. KAMINSKI, *Pénalité, management et innovation*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2009, 4^e de couverture. Voyez aussi J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

⁴⁰ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob.

⁴¹ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF ed., 1990.

⁴² R. BEAUTHIER, Le paradis perdu de la codification... Un Eden à reconquérir ? in *Actualité de la codification. Droit belge et européen, Revue de la Faculté de Droit de l'ULB*, 2003, n°2, pp. 11-51.

⁴³ F. OST, La codification, idéal et métamorphoses, *J.T.*, 18 mars 2004, n°6132, p. 226.