Université Saint-Louis – Bruxelles

Droit pénal général

Syllabus de cours – tome II

Christine Guillain, Olivia Nederlandt

Avec les contributions de (par ordre alphabétique) : Maryse Alié, Agathe De Brouwer, Claire Deveux, Catherine Forget, Dimitri De Béco, Patrick Gaudius, Caroline Heymans, Clothilde Hoffmann, Camille Leroy, Delphine Paci, David Ribant, Harold Sax, Diletta Tatti et Fanny Vansiliette

Année académique 2022-2023

Introduction

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

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

La suite du parcours proposé est plus classique (syllabus – tome II). Elle introduit aux principaux enjeux relatifs aux sources, à la structure et aux caractéristiques du droit pénal (chapitre I). Ceci sera l'occasion de proposer un détour par les sources internationales et européennes. Sont ensuite envisagés les principaux pôles du droit pénal que constituent l'infraction (chapitre II), l'auteur (chapitre III) et la peine (chapitre IV). Ces trois dimensions cardinales du droit pénal connaissent des mutations importantes ces dernières années. Celles-ci soulignent régulièrement les évolutions du débat social autour du droit de punir, de ses finalités et de ses limites.

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

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

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

Dans ce syllabus, il faut considérer que les groupes désignés au masculin comme « les citoyens » ou « les condamnés », visent à la fois les femmes et les hommes cisgenres et trans, et à la fois les personnes non-binaires (ne se retrouvant pas dans la dichotomie homme-femme).

Chapitre I : Le droit pénal

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

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

Pour évoquer le « droit de punir », trois expressions sont généralement utilisées. La première dénomination est celle de « droit *répressif* ». L'expression renvoie à une des fonctions traditionnelles de la peine – il en existe d'autres – qui est la répression ou la punition des infractions. Une deuxième expression est celle de « droit *pénal* » : est évoqué ici au sens strict, le droit des peines applicables aux auteurs d'infractions pénales ou plus largement le droit des sanctions[1]. Certains évoquent encore le « droit *criminel* » : si l'expression est parfois utilisée parfois pour englober le droit pénal au sens strict et le droit de la procédure pénale[2], elle souligne aussi la dimension incriminatrice du droit pénal.

Chacune de ces expressions est en fait incomplète. Logiquement, il conviendrait de parler de « droit criminel *et* pénal »[3] pour souligner la double dimension de cette branche du droit. En tant qu' « incriminatrice », c'est-à-dire créatrice d'infractions nouvelles, elle apparaît comme un « droit des crimes » ou, si l'on préfère, un « droit criminel » ; en tant que « sanctionnatrice », c'est-à-dire créatrice de sanctions spécifiques et, en particulier, de peines, elle apparaît comme un « droit des peines » ou, si l'on préfère, un « droit pénal ».

Dans les faits, si l'expression « droit pénal » est privilégiée, c'est pour souligner l'importance particulière que prend la dimension sanctionnatrice dans le domaine pénal. On ne peut concevoir de « crime » au sens large – ou plus rigoureusement d'« infraction pénale » – sans l'existence d'une « peine » correspondante, selon le principe classique « *nullum crimen sine poena* »[4]. Le droit pénal, au sens strict, a donc pour *objet* de créer, de modifier ou de supprimer un ensemble d'incriminations et de peines correspondantes.

On notera que la Cour européenne des droits de l'homme parle de « matière pénale », ce qui souligne que les contours de la pénalité en regard de la Convention Européenne des droits de l'homme peuvent être plus larges que ce que prévoit le droit pénal de chaque Etat membre du Conseil de l'Europe. La Cour a ainsi considéré que certaines sanctions disciplinaires (par exemple des soldats mis aux arrêts)[5] ou administratives[6] présentaient suffisamment d'analogies avec une sanction pénale pour entrer dans la « matière pénale ». Enfin, l'expression de « politique criminelle » [7] est aujourd'hui également utilisée. Elle souligne que, dans sa

---

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

2 *Cf.* notamment J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge,* t. 1, 3e éd., 1879, reprint, Swinnen, 1979, p. 2.

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

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

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

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

7 M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, Economia, 1983.

dimension de contrôle social, le droit pénal prend appui sur des politiques de prévention et des mesures d'exécution plus larges, qui dépassent la seule réponse pénale.

§ 2. Le droit pénal au sens strict et le droit pénal au sens large

Une autre distinction importante sépare le droit pénal au sens strict et le droit pénal au sens large. Le droit pénal au sens strict, qu'on appelle aussi droit pénal matériel ou substantiel, vise les règles de fond, soit les règles relatives aux incriminations et aux peines. Le droit pénal au sens large comprend à la fois le droit pénal au sens strict (droit pénal matériel) et le droit de la procédure pénale (droit pénal formel).

Section 2. Le droit pénal et les autres branches du droit

Parmi les différentes questions que suscitent les rapports du droit pénal aux autres branches du droit, nous en retenons deux qui occupent traditionnellement une place importante dans les débats doctrinaux. La première consiste à savoir si le droit pénal fait partie du droit public ou du droit privé. La seconde consiste à s'interroger sur le degré d'autonomie du droit pénal par rapport à des normativités extra-juridiques et surtout par rapport aux autres branches du droit.

§ 1. Le droit pénal fait-il partie du droit public ou du droit privé ?

Si cette question a pu faire l'objet de controverses doctrinales, on admet aujourd'hui que le droit pénal appartient au droit public[8]. Ceci reste curieusement ignoré par une certaine tradition française qui veut que le droit pénal soit « enseigné par des professeurs de formation privatiste »[9].

Un double motif justifie cette inscription du droit pénal au sein du droit public :

- d'une part, l'infraction pénale est d'abord considérée comme une atteinte à l'intérêt public, quel que soit le préjudice privé susceptible de résulter de l'infraction pour un individu particulier. En droit pénal, l'« intérêt à la répression » de l'Etat l'emporte sur l'« intérêt à la réparation » de la victime ;
- d'autre part, l'ensemble des acteurs du procès pénal sont principalement des acteurs publics ou organes de l'Etat : l'action publique est intentée par le Ministère Public, le procès se déroule devant des juridictions répressives étatiques et l'exécution de la peine est contrôlée par des acteurs publics également, qu'il s'agisse du tribunal de l'application des peines ou du juge de l'application des peines.

Ce caractère « public » du droit pénal n'est cependant pas absolu. Plusieurs éléments soulignent en effet une tendance (croissante) à la « privatisation » de certains aspects du droit pénal. Nous mettrons ici l'accent sur cinq indices de ce processus de privatisation :

A. Le droit pénal assure le respect de règles de droit privé

Dans de nombreux cas, le droit pénal prête son appui à des règles appartenant à d'autres branches du droit, et notamment à des règles de droit privé. Les dispositions pénales incriminant

---

8 *Cf.* notamment F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 95: « Le droit pénal est, par essence, une branche du droit public ».

9 Bruxelles, Larcier, 2009,

le vol, la bigamie ou la violation de domicile viennent en appui aux règles du droit civil relatives, respectivement, à la propriété, au mariage, ou au domicile. L'incrimination pénale traduit ici un phénomène de « superposition », voire d'« interférence » entre les intérêts « privés » que protègent ces règles et l'intérêt « public » que protège la règle pénale elle-même.

Cette interférence est également de plus en plus clairement mise en lumière dans la protection pénale des droits de l'homme où, au souci de « protéger les valeurs fondamentales de la société », tend à se joindre le souci de protéger les intérêts lésés de la victime[10].

B. La décriminalisation de certaines infractions

La décriminalisation de certaines infractions peut avoir pour effet de substituer à la sanction pénale une sanction civile. Ce fût par exemple le cas en Belgique en matière d'adultère : en 1987, la décriminalisation de ce comportement aura pour effet que ce comportement ne fera plus l'objet que de sanctions civiles, comme le divorce ou l'octroi d'une pension alimentaire. Une telle évolution signifiait, d'une part, une restriction de la sphère d'intervention du droit pénal et, d'autre part, une « privatisation » du comportement en jeu qui n'était plus considéré comme une atteinte à l'intérêt public (mais seulement comme un enjeu privé).

C. L'impact de la réparation du dommage causé à la victime sur la procédure pénale

Un autre indice, plus significatif, de privatisation du droit pénal réside dans la place faite à la réparation du dommage subi par la victime ou à son indemnisation dans la politique adoptée par le ministère public en matière de poursuites[11]. L'introduction et le développement, au stade de l'information, des mécanismes de la transaction pénale et de la médiation et mesures (anciennement médiation pénale), prévues respectivement aux articles 216*bis* et 216*ter* du Code d'instruction criminelle, soulignent cette tendance. Selon des modalités différentes, ces deux mécanismes permettent au ministère public de proposer à l'auteur d'une infraction de ne pas le poursuivre moyennant le paiement d'une somme d'argent (transaction) ou le respect d'une ou plusieurs conditions proposées et acceptées par l'auteur (réparation du dommage ou indemnisation, suivi d'une formation, suivi thérapeutique, …). Dans les deux cas, mais selon des modalités différentes, l'indemnisation de la victime ou la réparation du dommage qui lui a été causé peuvent être un élément qui conditionne la décision du ministère public sur la suite à donner au dossier pénal. L'intérêt public à la répression est ici en partie subordonné à la protection de l'intérêt privé de la victime, ce qui traduit bien une forme de privatisation.

D. La place croissante prise par la victime, aux différentes phases du procès pénal

Un autre indice de privatisation réside dans la place de plus en plus importante que l'on tend à reconnaître à la victime aux différentes phases du procès pénal[12]. Plusieurs dispositions légales

---

10 *Cf.* notamment Cour eur. D.H. (GC), 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, Opinion partiellement dissidente de M. le juge ROZAKIS.

11 *Cf.* notamment J. DU JARDIN, « La politique criminelle du ministère public », *Liber amicorum Frédéric Dumon*, t. I, Anvers, Kluwer, 1983, p. 451; G.J.Y. VERHEGGE, « Beschouwingen bij het beleid van het openbaar ministerie. Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het hof van beroep te Gent op 1 september 1982 », *R.W.*, 1983, col. 1352.

12 À cet égard, *cf.* notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, pp. 570-573 ; X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002, pp. 245 et s.

récentes concourent en effet, dans plusieurs pays, à renforcer la position de la victime, qu'il s'agisse de renforcer son droit à l'information ou de solliciter son avis.

En Belgique, la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction a ainsi introduit plusieurs innovations intéressantes : obligation générale d'information des victimes d'infractions ; obligation d'informer la personne lésée du classement sans suite d'une infraction par le parquet ; droit pour la partie civile, durant l'instruction, de demander à consulter le dossier répressif ou de demander l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire[13].

En matière d'exécution des peines privatives de liberté, la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle a consacré pour la première fois une place pour les victimes dans la procédure de l'exécution des peines, en prévoyant de les consulter et de les entendre quant aux conditions particulières pouvant être imposées dans leur intérêt, et de les informer des décisions d'octroi de la libération conditionnelle[14]. Cette loi a été abrogée par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine[15] ; les travaux préparatoires de cette loi ont également réservé une grande attention à la place de la victime, comme en atteste aussi son intitulé, et cette loi prévoit que les victimes puissent être consultées et entendues quant aux conditions à imposer dans leur intérêt dans le cadre de pratiquement toutes les modalités d'exécution de la peine.

La victime obtient donc plus de droits au cours du procès au sens large. Néanmoins, si son avis est parfois demandé, il reste exclu aujourd'hui d'en faire une « partie litigante » susceptible d'intervenir, par exemple, sur la peine.

E. La logique de contractualisation et l'irruption d'acteurs privés dans la chaîne pénale

Au cœur d'un droit imposé, on constate cependant que s'accentue la place faite à des modes de « justice négociée » plus souples, faisant appel à une plus grande participation/activation des parties et prise en compte de leurs intérêts, et ceci, à tous les stades du processus pénal[16]. Ainsi, en amont (et parfois, en cours) du procès pénal, une logique de « marchandage », proche d'un type d'échange présent dans la sphère d'influence du droit privé, peut s'installer entre le ministère public et le suspect. La figure du « contrat » s'incarne encore lorsque le justiciable s'engage devant un juge à respecter toute une série de conditions, en échange de l'évitement de la prison et cela, tant avant le procès (pour éviter la détention préventive), que lors du procès (pour éviter la peine privative de liberté) qu'après le procès (pour demander de pouvoir exécuter la peine privative de liberté hors de la prison). Enfin, nous verrons que la contractualisation de la justice pénale s'affirme encore davantage lorsqu'un véritable contrat est passé avec des acteurs privés, en amont ou en aval du procès pénal[17].

---

13 À ce sujet, *cf.* notamment A. MASSET, « Quelques aspects du nouveau droit des victimes et des personnes lésées complétés par l'examen de la nouvelle cause de suspension de la prescription de l'action publique », *La loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, *Les Dossiers de la Revue de droit pénal*, 1998, n° 3, pp. 115 et s.

14 Art. 3, § 4 et 4, § 3 et § 8 de la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle.

15 *M.B.*, 15 juin 2006.

16 Voy. à cet égard. N. COLETTE-BASECQZ et Ch. DEVILLERS, « Les alternatives au procès pénal : enjeux et perspectives », in *Les alternatives au(x) procès classique(s)*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 99 – 172.

17 À ce sujet, voy. O. NEDERLANDT, Th. SLINGENEYER, Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal au prisme de la privatisation. Regard sur la contractualisation dans la justice pénale », in J. Van Meerbeeck, A. Bailleux et D.

Avant (et parfois durant) le procès pénal, le ministère public peut faire éviter le procès pénal à l'auteur de l'infraction qui accepte de « négocier » avec lui, soit sous la forme du paiement d'une somme d'argent (transaction pénale), soit sous la forme de conditions à respecter (médiation et mesures). L'actuel ministre de la Justice, Vincent Van Quickenborne, a annoncé sa volonté d'intensifier le recours à la transaction et à la médiation-mesure (anciennement médiation pénale)[18], dès lors que « tout ne doit pas être réglé par un tribunal », dans un contexte de sur sollicitation du pouvoir judiciaire[19]. À cet égard, le ministre ne cache pas son enthousiasme pour le système de transactions pénales immédiates[20] mobilisant le système informatique « Crossborder » : déjà utilisé pour les infractions routières, il a été appliqué lors de la pandémie en réponse aux « infractions covid-19 » (non-port du masque, non-respect de l'interdiction de rassemblement, etc.)[21]. Tandis que le ministre a annoncé vouloir étendre l'utilisation de ce mécanisme à toute une série d'infractions mineures, le système est dorénavant applicable aux amendes pénales, afin de faciliter leur recouvrement[22]. Toujours en amont du procès pénal, la logique de « marchandage » s'incarne dans le « plaider coupable » : celui qui accepte de reconnaître les faits peut passer un accord avec le ministère public quant aux taux de la peine, accord qui sera ensuite homologué par un tribunal (« reconnaissance préalable de culpabilité », article 216 du Code d'instruction criminelle). Toujours avant le procès pénal, le justiciable peut être amené à s'engager à respecter toute une série de conditions qui lui seront imposées par le juge ou les juridictions d'instruction, afin d'éviter d'être détenu préventivement en prison.

Lors du procès pénal, lorsque le juge doit fixer la peine, il dispose d'un panel de sanctions, panel qui se caractérise actuellement par un engouement pour les peines impliquant un « consentement » de la personne condamnée : celle-ci doit marquer son « accord » sur les conditions qu'elle devra respecter. Ainsi est-ce le cas des suspensions et sursis probatoires, et des peines alternatives : peine de travail automne, peine de probation autonome et peine de surveillance électronique.

Enfin, après le procès pénal, lors de l'exécution des peines privatives de liberté ou de la mesure d'internement, le tribunal de l'application des peines (chambre de l'application des peines ou chambre de protection sociale) n'octroiera une modalité d'exécution de la peine ou de la mesure

---

Bernard, *Distinction (droit) public / (droit) privé. Brouillages, innovations et influences croisées*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2022, pp. 45 – 82.

18 Depuis la réforme de l'article 216*ter* du Code d'instruction criminelle par la loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, on privilégie le terme « médiation et mesures » sur celui de « médiation pénale », voy. la circulaire COL n° 01/2021 commune du ministre de la Justice, des ministres des entités fedérées et du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel, concernant l'extinction de l'action publique moyennant l'exécution de mesures et le respect de conditions.

19 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl*., Ch.,. 2020-2021, n°55-1610/015, p. 3, pp. 12 - 13.

20 Voy., E. DEBOUVERIE, D. TATTI et N. VANDEVELDE, « La transaction pénale immédiate : enjeux et dangers d'une procédure extrajudiciaire », *La Tribune*, 2022, n° 221 : https://latribune.avocats.be/fr/la-transaction-penale-immediate-enjeux-et-dangers-d-une-procedure-extrajudiciaire.

21 « Aperçu du flux d'entrée des infractions aux mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 et de leur traitement judiciaire », mise à jour au 6 juin 2021, https://www.om-mp.be/sites/default/files/u147/20210606_justitiele_afhandeling_covid_v3-fr_002.pdf

22 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl*., Ch.,. 2020-2021, n°55-1610/015, pp. 20-21 et *Les amendes pénales à leur tour numérisées,* Collège du ministère public, 29 avril 2020 (https://www.om-mp.be/fr/article/amendes-penales-leur-tour-numerisees).

d'internement (surveillance électronique, libération conditionnelle/à l'essai, etc.) que si le condamné ou l'interné s'engage à respecter des conditions.

Si l'on peut considérer que le justiciable est ainsi appelé à conclure un « contrat » avec le juge, par lequel il s'engage à respecter toute une série de conditions (pouvant être des interdictions ou des obligations[23]), un tel contrat a pu être qualifié de contrat « d'adhésion », vu la faible possibilité de négociation du justiciable. Ce dernier est en effet en position de faiblesse puisque la seule alternative s'il refuse de s'engager est d'être envoyé ou de rester en prison[24]. Cet engagement du justiciable permet à la justice pénale de le responsabiliser en cas d'échec (non-respect des conditions ou récidive), et de justifier le recours à la prison à l'égard de celui qui n'a pas été en mesure de « comprendre le message », qui n'a pas pris au sérieux l'intervention de la justice pénale, qui n'a pas « saisi sa chance »[25].

La logique de contractualisation est encore plus marquante avec l'intervention croissante d'acteurs privés, tant en amont qu'en aval du processus pénal.

En amont de la chaîne pénale, on voit se multiplier le recours à des services de gardiennage ou de sécurité privés. Ceux-ci concurrencent les fonctionnaires de police et remettent ainsi en cause le monopole traditionnel de la police publique comme agent de maintien de l'ordre et de sécurité intérieure. Le phénomène des « Neighborhood Watch » (surveillance de voisinage), plus présent dans les pays anglo-saxons, souligne également une tendance à délocaliser la prévention auprès du public lui-même.

En aval du procès pénal, au stade de l'exécution des peines, l'intervention des acteurs privés est croissante. L'exécution des peines alternatives « hors les murs » se nourrit des en effet de partenariats public-privé, sous forme d'une délégation sous contrôle de sa mise en en œuvre à des acteurs privés[26]. Le même constat peut être posé dans l'exécution de la mesure d'internement et dans l'exécution de la peine privative de liberté. Ainsi, pour le placement des internés, deux centres de psychiatrie légale ont été construits à Gand et Anvers, dont la gestion est assurée par des consortium d'acteurs privés – ce qui n'a pas manqué de susciter la critique[27]. De même, la privatisation et la commercialisation dans le secteur carcéral vont grandissantes.

---

23 Par exemple : interdiction de consommer de l'alcool ou des stupéfiants, de se rendre dans des débits de boisson, obligation de faire un suivi thérapeutique, obligation de continuer à indemniser les parties civiles, etc.)

24 Th. SLINGENEYER, « Chronique de criminologie. La libération conditionnelle : une sanction, des épreuves ? Réflexions à partir des aspects flexibles et rigides de la mesure », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 394 ; M.-S. DEVRESSE, « Justice négociée et usage de drogues. L'éthique de la discussion à l'épreuve du pénal », *Ethique publique*, 2003/2, vol. 5, https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2103.

25 O. NEDERLANDT, « Enquête auprès des tribunaux de l'application des peines en Belgique. Que devient le pouvoir judiciaire, et le droit qu'il protège, lorsqu'il franchit la porte des prisons ? », *Les frontières de la privation de liberté*, Paris, Mare et Martin, Collection ISJPS, 2021, pp. 47 – 49 ; Fr. VANHAMME, *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 298 – 299 : « Le juge attend une prise au sérieux de la sanction. Son respect par le prévenu en légitimera l'autorité et dans la foulée, celle du juge, et ceci nous semble au principe-même d'une sanction : elle doit être légitimée. Au sein de cette logique, la sanction est comprise comme une leçon ; la responsabilité de la prendre au sérieux et de l'apprendre revient au seul condamné. L'indicateur d'un apprentissage déficient est le retour devant le tribunal, toujours envisagé. Le sens pratique de la peine émerge : c'est l'affirmation de cette leçon à apprendre, déclarative de la gravité sociale de la délinquance, ce qui appuie le diagnostic social fait par le juge ».

26 Relevons par exemple le fait que les bracelets électroniques sont loués par la Communauté française à une firme israéelienne.

27 O. NEDERLANDT et F. VANSILIETTE, « L'exécution de la mesure d'internement », *in* O. Nederlandt, N. Colette-Basecqz, F. Vansiliette et Y. Cartuyvels, Y. (dir.), *La loi de 2014 relative à l'internement. Nouvelle loi, nouveaux défis : vers une véritable politique de soins pour les internés ?*, Bruxelles, La Charte, 2018, pp. 105 – 106.

Celles-ci se manifestent à tout le moins à trois niveaux. *Premièrement*, la construction et la maintenance des nouvelles prisons sont confiées aux entreprises privées. Le parc carcéral compte déjà quatre prisons construites et exploitées dans le cadre de partenariat public-privé Design Build Finance Maintain (PPP-DBFM), à savoir les prisons de Marche-en-Famenne (érigée en 2013), Beveren (en 2014), Leuze-en-Hainaut (en 2014) et Haren (en 2022). En outre, la construction de nouveaux établissements est entamée ou prévue (notamment à Termonde, Bourg-Léopold et à Vresse-sur-Semois), à chaque fois dans le cadre de ces PPP-DBFM. Ajoutons que l'exploitation des maisons de transition de Malines et d'Enghien à la société de sécurité G4S. *Deuxièmement*, de nombreuses entreprises privées proposent leurs biens ou leurs services aux personnes détenues (les grandes entreprises dans la chaîne alimentaire qui fournissent les prisons comme Colruyt, Sodexo qui gère la cuisine et organise des formations dans certaines prisons, etc.). *Troisièmement*, des entreprises privées exploitent le travail des personnes détenues à des prix particulièrement bas[28].

S'ils existent, ces indices de privatisation ne suffisent pas à ébranler l'appartenance globale du droit pénal au droit public aujourd'hui. Ils soulignent cependant la relativité et le caractère potentiellement fluctuant du rattachement.

§ 2. Le droit pénal : droit auxiliaire ou droit autonome ?

A. Le droit pénal et les normativités extra-juridiques : des recoupements partiels

L'autonomie du droit pénal, entendu comme ensemble de normes juridiques, peut d'abord s'envisager à l'égard de normativités extra-juridiques. Quelle est l'autonomie du droit pénal par rapport aux références normatives ou à d'autres « discours de vérité » (FOUCAULT) que proposent la morale, la religion ou la science ?

On se contentera ici de souligner deux éléments. Eu égard aux normativités extra-juridiques, l'autonomie du droit pénal[29], comme celle des autres branches du droit[30], est d'abord très relative. Le droit, en tant qu'il régule la vie sociale, est dépendant des processus, discours et pratiques qui constituent celle-ci. Le droit pénal subit et reflète bien évidemment l'influence des divers discours normatifs qui contribuent à formater la conscience sociale sur différentes questions de société. Ensuite, le droit pénal nourrit sans doute des rapports particuliers avec la morale dont il est régulièrement perçu comme le relais. Sur des enjeux éthiques aussi complexes que l'avortement, l'euthanasie ou l'usage des drogues, la discussion sur la pénalisation ou la décriminalisation fait régulièrement l'objet de « croisades morales » et met en jeu des arguments moraux et des débats de valeurs. Si, dans des sociétés pluralistes, droit pénal et morale ne se recouvrent pas a priori, des recoupements partiels existent bien entre leurs champs d'application respectifs[31].

---

28 Voy. à cet égard le second numéro du journal associatif de l'ASBL GENEPI Belgique, intitulé « La Brèche », consacré à cette question : GENEPI BELGIQUE, *Des peines et du travail*, La Brèche n°2, hiver 2020, disponible en ligne : https://genepibelgique.wixsite.com/genepi/la-breche, consulté le 8 mai 2020.

29 Voy. A.C. T'HART, "De autonomie van het strafrecht", *Delikt en Delinkwent*, 2001, pp. 237 et s.

30 A ce sujet, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, spéc. Chapitre IV. Le système juridique et son environnement, pp. 149 et s.

31 A ce sujet, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, spéc. Chapitre IV. Le système juridique et son environnement, pp. 149 et s.

B. L'autonomie du droit pénal par rapport aux autres branches du droit : une autonomie relative

La question de l'autonomie du droit pénal par rapport aux autres branches du droit est une question également complexe. Au début du XIXe siècle, le droit pénal est considéré comme un droit « auxiliaire », gardien des autres branches du droit. Les lois pénales, disait déjà ROUSSEAU, repris par PORTALIS, « sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »[32]. Selon cette conception, le droit pénal est un droit « d'accompagnement » dont le rôle se limiterait à assurer le respect des comportements prescrits ou interdits par d'autres branches du droit, chaque fois que cela paraît nécessaire pour assurer l'effectivité de la norme juridique concernée.

Incontestablement, cette image d'un droit pénal « auxiliaire » contient une part de vérité. Ainsi, l'interdit pénal du vol soutient l'effectivité des règles du droit civil sur la propriété. De même, cette « satellisation »[33] du droit pénal est soulignée par la création de disciplines pénales auxiliaires telles que le droit pénal administratif, le droit pénal du travail, le droit pénal de l'environnement, etc. Mais le droit pénal présente aussi un certain degré d'autonomie par rapport aux autres branches du droit[34], dont on peut souligner au moins quatre aspects complémentaires[35].

1. L'autonomie normative du droit pénal

Par autonomie normative, on entend que le droit pénal ne sanctionne pas toujours la violation d'autres normes juridiques préexistantes. Il crée parfois lui-même, de manière autonome, de nouvelles normes de conduite qui ne lui préexistent pas sous une autre forme juridique. Ainsi, de l'obligation (pénalement sanctionnée) de respecter la vie ou l'intégrité physique d'autrui ou celle de porter assistance à personne en danger. Les normes de conduite ainsi créées le sont par le seul droit pénal.

Cette autonomie normative du droit pénal, si elle existe, reste néanmoins relative, et ceci pour deux raisons :

- d'une part, l'inflation croissante du droit pénal contemporain[36] trouve sa source dans la volonté d'adjoindre une sanction pénale à diverses règles légales de nature civile, économique, fiscale ou autres. Cette « inflation pénale » est donc plus liée à la dimension auxiliaire du droit pénal qu'à son potentiel d'autonomie normative ;
- d'autre part, force est de constater qu'en cas de conflit entre une loi pénale et une autre règle de droit, la règle pénale peut être amenée à s'incliner en laissant la priorité à l'application d'une règle de nature administrative, fiscale ou civile. Ainsi, la Cour de cassation française[37] avait-elle estimé que la loi fiscale « autorise implicitement la projection de tels films » (pornographiques), alors même que cette projection tombait à

---

32 J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 100; PORTALIS, "Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement", *op. cit.*, p. 478.

33 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7e éd., *op. cit.*, t. I, p. 216.

34 En ce sens, *cf.* également F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 2e éd., *op. cit.*, pp. 115 et s.

35 A cet égard, *cf.* notamment N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., Limal, Anthemis, 2013, pp. 40 et s.

36 *Cf.* notamment M. DELMAS-MARTY, "L'enjeu d'un Code pénal. (Réflexions sur l'inflation des lois pénales en France)", *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, pp. 165 et s.

37 Cass. Fr., 25 janvier 1979, *J. P. C.,* 1979, II, 19.143.

l'époque sous le coup de l'article 282 du Code pénal. Un rapport de force inverse, soulignant l'autonomie relative de la loi pénale par rapport à la loi fiscale, peut toutefois aussi s'observer. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 mars 1983 estimera que le fait que des jeux de hasard soient taxés par la loi fiscale ne supprime pas leur caractère illicite sur le plan pénal[38].

2. L'autonomie conceptuelle du droit pénal

Par autonomie conceptuelle, on entend le fait que le juge pénal peut utiliser des concepts empruntés à d'autres branches du droit en leur donnant un sens pénal propre, différent de leur sens originaire dans la branche juridique d'emprunt[39]. Autrement dit, le juge pénal peut emprunter un concept juridique à une autre branche du droit et le traduire pour lui donner un sens « pénal » spécifique.

Une illustration de cette question est donnée par un arrêt du 11 février 1987 de la Cour de cassation. Les faits étaient les suivants : au cours d'une opération, un médecin commet une négligence qui entraîne la mort d'un enfant « en train de naître ». La question se posant à la Cour était de savoir si l'on pouvait condamner ce médecin pour homicide involontaire dès lors que, en regard des articles 418 et 419 du Code pénal, l'homicide involontaire suppose un acte commis à l'encontre d'une « personne ». Or, en droit civil, une « personne » suppose un enfant « né vivant et viable ». A s'en tenir au sens originaire du terme en droit civil, il ne pouvait y avoir ici d'homicide involontaire puisque l'enfant « en train de naître » n'était pas encore une « personne » au sens du droit civil. Néanmoins, la Cour va admettre, au nom de l'autonomie du droit pénal, qu'en droit pénal la notion de « personne » reçoit un sens spécifique et englobe « l'enfant en train de naître », ce qui rendait applicables les articles 418 et 419 CP en l'espèce. L'autonomie conceptuelle du droit pénal a donc permis de s'écarter des critères du droit civil pour donner à la notion de personne un sens pénal propre[40].

Un autre exemple réside dans la notion d'autorité de chose jugée. Sous réserve de l'exercice des voies de recours, une décision judiciaire définitive est revêtue de l'autorité de la chose jugée qui est une présomption légale de vérité pour les parties en cause, par rapport au litige (art. 23 du Code judiciaire : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision »). En matière pénale - et contrairement au droit judiciaire civil - une décision ne passe en force de chose jugée que lorsqu'elle n'est plus susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. La différence porte sur le pourvoi en cassation puisque celui-ci, en matière pénale, est, en principe, suspensif de l'exécution de la décision attaquée[41].

3. L'autonomie procédurale du droit pénal

Une dernière dimension de l'autonomie du droit pénal réside, enfin, dans son autonomie procédurale. De ce point de vue, on peut rappeler que le procès pénal jouit, en règle générale, d'une indépendance complète par rapport aux procès non répressifs qui porteraient sur les mêmes faits. Le principe traditionnel selon lequel « le pénal tient le civil en état »[42] en constitue

---

38 Bruxelles, 2 mars 1983, *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, p. 268.

39 Cass., 27 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 704 ; Cass., 25 février 1997, *IDj*, 1997, n° 8, p. 50.

40 Cass., 11 février 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 815.

41 Voy. Cass., 17 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1281.

42 Ce principe est consacré par l'article 4 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

la consécration la plus radicale. Ce principe implique que l'exercice de l'action civile devant un juge civil soit suspendue aussi longtemps que le juge pénal n'a pas statué sur l'action publique. Toutefois, ce principe n'est pas absolu et il y est parfois dérogé par la technique des « questions préjudicielles », notamment en matière fiscale[43]. La loi du 8 juin 2017 est venue limiter la portée de ce principe, en le conditionnant et en y ajoutant la possibilité d'y déroger par la loi. Il est ainsi prévu que le pénal ne tienne le civil en état, qu'à condition qu'il existe un risque de contradiction entre les décisions des juges civil et pénal[44].

Section 3. Les divisions du droit pénal

Le droit pénal est, comme toute discipline juridique, traversé de multiples divisions dont nous reconnaissons volontiers le caractère relativement conventionnel. Celles-ci présentent toutefois l'avantage de déterminer les différentes *matières* qui sont susceptibles d'être couvertes par le droit pénal au sens large et, dès lors, de prendre la mesure des évolutions qui s'y dessinent. Nous nous situerons successivement au niveau international et au niveau interne.

§ 1. Le droit international

La loi pénale est, en principe, territoriale[45]. Cependant, certaines infractions peuvent relever de l'ordre international, parce qu'elles sont définies par des conventions entre États ou découlent de décisions onusiennes ou du *ius cogens*. Ces infractions (comme le crime de génocide, par exemple) sont d'une nature considérée comme internationale et appartiennent au *droit international pénal* (A). Par ailleurs, dans certaines situations, la mise en œuvre du droit pénal national implique une dimension inter- ou transnationale : c'est là le champ du *droit pénal international* (B). Le développement du *droit pénal européen* mérite, par ailleurs, une attention particulière dans la mesure où il s'impose de manière croissante aux ordres juridiques internes (C).

A. Le droit international pénal

Cette branche du droit concerne des faits qui sont érigés en infraction sur le plan international ; on la qualifie aussi de droit international matériel, de droit des infractions internationales ou, plus informellement, de droit des crimes « les plus graves ».[46]

Elle s'est surtout développée après la Deuxième Guerre mondiale et avait traditionnellement pour objet la répression des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et du crime de génocide. Aujourd'hui, le droit international pénal s'étend à de nouvelles infractions : crime d'agression, terrorisme, torture, stupéfiants, piraterie aérienne, faux-monnayage, traite des femmes et des enfants, vol de matières nucléaires, crimes environnementaux, etc.

---

43 J. KIRKPATRICK, "La règle 'le criminel tient le civil en état' ne s'applique pas au juge fiscal", *J.T.*, 2004, pp. 572 et s.; A. BELLENS, "Le criminel tient le fiscal en état?", *R.A.G.B.*, 2006, pp. 1296 et s.

44 L. TEPER, « Point sur le pénal tient le civil en état », *J.T.*, 2018, pp. 251 – 252.

45 *Cf. infra*, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité.

46 Pour une approche généraliste de cette branche de droit, voyez : H. ASCENSIO, E. DECAUX, et A. PELLET (eds.), *Droit international pénal*, 2e éd., Paris, Pedone, 2021 ; K. HELLER, F. MÉGRET, S. NOUWEN, J. OHLIN, et D. ROBINSON (eds.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020 ; A. CASSESE, *Cassese's International criminal law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013 ; R. KOLB et D. SCALIA (éds.), *Droit international pénal*. *Précis*, 2e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012.

On distingue le droit international pénal du droit international humanitaire, que l'on peut définir sommairement comme le « droit des conflits armés », tout comme du droit international des droits fondamentaux, bien que ces branches de droit soient logiquement corrélées.

Aux fins de baliser cette branche de droit, nous analyserons successivement sa nature conventionnelle (1), les difficultés rencontrées dans sa mise-en-œuvre et l'expansion qu'elle a connue depuis quelques décennies (2) puis, enfin, l'étape décisive qu'elle a franchie par la création de la Cour pénale internationale (3).

1. Un droit pénal essentiellement conventionnel

Les instruments juridiques qui établissent le droit international pénal sont principalement des conventions dont l'objet porte sur des infractions reconnues par les Etats au niveau international. En-dehors des conventions, il existe les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (ayant été remplacés suite à leur clôture par un « Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux *ad hoc* »).

Les conventions conclues entre Etats sont soumises, quant à leur mise en œuvre, aux règles du droit international général. Si certaines peuvent comporter des dispositions directement applicables[47], la plupart engagent les États à introduire des réformes matérielles ou formelles dans leurs droits nationaux pour transposer dans l'ordre interne le contenu de la convention ratifiée : l'État est alors amené à incriminer certains faits et à prévoir des peines conformément à la convention, modifiant ainsi son droit pénal interne[48]. Les États s'engagent en général aussi à s'accorder l'entraide et l'extradition dans les matières couvertes par la convention en cause.

Parmi les conventions conclues **au niveau de l'O.N.U.**, on peut par exemple citer :

- la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de *génocide* (ratifiée le 5 septembre 1951) ;
- en ce qui concerne les *crimes de guerre*, les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (approuvées par la loi du 3 septembre 1952) et les protocoles additionnels relatifs à la protection des victimes des conflits armés du 8 juin 1977 (loi d'approbation du 16 avril 1986) ;
- en ce qui concerne le *terrorisme*, la Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970 (loi d'approbation du 2 juin 1973), la Convention de Montréal pour la répression des actes illicites contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971 (loi d'approbation du 20 juillet 1976), la Convention de New York pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 (loi d'assentiment du 26 avril 2005), la Convention de New York du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (loi d'assentiment du 30 mars 2004), la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire de New York du 14 septembre 2005 (loi d'assentiment du 19 septembre 2009) et la Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, adoptée à Beijing le 10 septembre 2010 ;
- en ce qui concerne le *trafic des drogues* : la Convention unique sur les stupéfiants de New York du 30 mars 1961 (approuvée par la loi du 20 août 1969), la Convention de Vienne sur les

---

47 Une règle d'un traité est directement applicable lorsqu'elle impose aux États une obligation déterminée de faire ou de ne pas faire, qu'elle est suffisamment précise et complète et qu'elle peut être invoquée comme un droit qui leur est propre par les justiciables dans ces États (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Le juge belge à l'heure du droit international", *J.T.*, 1969, p. 543).

48 Ainsi, la loi du 14 juin 2002 de mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies du 10 décembre 1984 (*M.B.*, 14 août 2002) introduit dans le Code pénal de nouvelles dispositions qui définissent ces notions (art. 417*bis*) et qui incriminent respectivement la torture (art. 417*ter*), le traitement inhumain (art. 417*quater*) et le traitement dégradant (art. 417*quinquies*).

substances psychotropes du 21 février 1971 (loi d'assentiment du 25 juin 1992) et la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de Vienne du 20 décembre 1988 (loi d'approbation du 6 août 1993) ;
- en ce qui concerne la *criminalité organisée* : la Convention pour la répression du faux monnayage du 20 avril 1929 (loi d'approbation du 19 mai 1932), la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de New York du 21 mai 1950 (approuvée par la loi du 6 mai 1965) et la Convention contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 avec les protocoles additionnels du même jour relatifs à la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et au trafic illicite de migrants ainsi qu'un protocole complémentaire du 31 mai 2001 contre la fabrication et le trafic illicite des armes à feu (loi d'assentiment du 24 juin 2004) ;
- en ce qui concerne le *racisme*, la Convention de New York du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (approuvée par la loi du 9 juillet 1975) ;
- en ce qui concerne la *torture*, la Convention de New-York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (loi du 9 juin 1999) ainsi que le Protocole facultatif du 18 décembre 2002 (signé par la Belgique le 24 octobre 2005 mais pas encore ratifié) ;
- au sujet des *disparitions forcées,* la Convention de New York du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (ratification le 2 juin 2011 via une procédure d'assentiment mixte incluant les Communautés et les Régions).

Au niveau du **Conseil de l'Europe**, nous évoquerons à titre d'exemple :
- la Convention du 27 janvier 1977 pour la répression du *terrorisme* (ratifiée le 31 octobre 1985), complétée par la Convention du 16 mai 2005 pour la *prévention du terrorisme* (signée mais non ratifiée par la Belgique) ;
- la Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (ratifiée le 28 janvier 1998), complétée par la Convention du 16 mai 2005 relative au *blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime* et au financement du terrorisme (ratifiée le 17 septembre 2009) ;
- la Convention du 9 septembre 1998 sur la protection de *l'environnement* par le droit pénal (signée mais non ratifiée) ;
- la Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la *corruption* (ratifiée le 23 mars 2004) ;
- la Convention sur la *cybercriminalité* du 23 novembre 2001 (ratifiée le 20 août 2012) ;
- la Convention du 16 mai 2005 sur la lutte contre la *traite des êtres humains* (ratifiée le 27 avril 2009) ;
- la Convention du 25 octobre 2007 sur la *protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels* (ratifiée le 8 mars 2013) ;
- la Convention du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (ratifiée le 14 mars 2013) ;
- la Convention du 25 mars 2015 contre le trafic d'organes humains (signée mais non ratifiée par la Belgique).

2. Une mise en œuvre difficile, une expansion indéniable

La répression des infractions internationales a toujours rencontré des résistances et continue à rester délicate, au vu tout particulièrement de sa nature politique. En effet, l'intervention dans l'exercice du pouvoir pénal porte partiellement atteinte à la souveraineté qu'entendent conserver les États.

Sur le plan interne, les difficultés étaient et sont encore importantes. Ces conventions sont en effet soumises aux règles du droit international général en ce qui concerne leur mise en œuvre. Dès lors, si certaines de ces conventions comportent des dispositions directement applicables, la plupart engagent les États à introduire des réformes matérielles ou formelles dans leur droit

national. Il y a donc généralement un mécanisme d'approbation ou de transposition en droit interne. Or, les États tardent souvent à mettre leur législation en conformité avec les obligations internationales qu'ils ont contractées. Pour exemple, les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui relèvent du droit international pénal en ce qu'elles traitent des crimes de guerre, ont été ratifiées en Belgique par la loi du 3 septembre 1952 mais n'ont été « traduites » dans l'ordre juridique belge que par la loi du 16 juin 1993 'relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions'.

Cette loi du 16 juin 1993 sera par ailleurs modifiée par la loi belge du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire. La loi de 1999, qui modifie l'intitulé de la loi du 16 juin 1993, étend son champ d'application aux crimes contre l'humanité et au crime de génocide (définis pour la première fois en droit belge) et déterminera les sanctions qui leur sont applicables. Le législateur belge y a même dépassé ses obligations conventionnelles, au point d'être considéré par certains comme un pionnier, en disposant notamment que « l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la loi » (art. 5) : comme nous le verrons, la loi octroie ainsi aux juridictions belges une compétence dite universelle qui sera source de tensions diplomatiques importantes. Ceci amènera le législateur à en revenir à des critères de compétence plus classiques par deux lois de 2003[49].

Sur le plan international ensuite[50], la question de créer une juridiction *internationale* pénale est restée longtemps problématique. Si, dès avant la deuxième guerre mondiale, les discussions relatives à la création d'une juridiction internationale sont initiées (notamment au sein de l'Association de droit international et de l'Association internationale de droit pénal), les initiatives sont restées timides et, *in fine,* sans résultats probants[51]. Le premier projet d'envergure remonte à la deuxième guerre mondiale, avec la création des tribunaux de Nuremberg (1946) et de Tokyo (1947), chargés tous deux de juger les crimes commis avant et pendant la deuxième guerre mondiale. Créé par l'Accord signé à Londres le 8 août 1945, Le Tribunal Militaire International de Nuremberg semble *a priori* novateur. Sa création est l'occasion de définir pour la première fois juridiquement les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Son (unique) jugement mènera à la condamnation de dignitaires du régime nazi par une autorité judiciaire. Son action sera toutefois critiquée comme illustration d'une « justice de vainqueurs » et comme contraire à certains principes fondamentaux du droit pénal (le principe de non rétroactivité du droit pénal notamment, dans la mesure où les condamnations se feront sur la base d'infractions nouvelles, qui n'existaient pas comme telles dans des lois écrites au moment de leur commission).

Quarante ans plus tard, deux tribunaux *ad hoc* sont créés pour juger des crimes de droit international humanitaire (DIH) commis dans deux contextes spécifiques. En 1993, le *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* (TPIY) est créé par la résolution 827 du Conseil de sécurité du 25 mai 1993 : son rôle est de juger les crimes de DIH commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991 ; un an plus tard, la Résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 8 novembre 1994 crée le *Tribunal Pénal International pour le*

---

49 Voy. *infra*, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 2. L'application de la loi dans l'espace, B. L'exception de la compétence extraterritoriale, 2. La compétence universelle.

50 Voyez le numéro du *Journal des tribunaux* consacrés à la justice pénale internationale : « Nuremberg, 75 ans après… Les avatars du droit international humanitaire », 2021, n°6875.

51 Voy. notamment M.C. BASSIOUNI, *A Draft International Criminal Code an Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 2 et ss..

Rwanda (TPIR) pour juger les crimes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 au Rwanda[52]. La jurisprudence de ces deux juridictions, appelées « TPI » ou « tribunaux *ad hoc* » au vu de leur objet circonscrit (*ratione loci et temporae*), a considérablement consolidé le droit international pénal en tant que branche de droit : la définition des crimes, l'articulation des compétences nationales et internationales, les principes généraux du droit ou encore l'ensemble de la procédure applicable en la matière y ont connu un développement indéniable[53]. La création de ces deux tribunaux *ad hoc* soutiendra, au sein des Nations Unies dans les années 1990, le projet de création d'une Cour pénale internationale permanente[54].

À côté des juridictions purement internationales, un autre modèle de juridiction a émergé, à savoir les juridictions *internationalisées, hybrides ou mixtes.* Ces tribunaux spéciaux sont ainsi qualifiés car ils présentent une dimension à la fois interne et internationale, au niveau de leur personnel, et du droit et de la procédure applicables. Leur fondation s'intègre dans le même mouvement d'expansion du droit international pénal que les TPI, bien que sous une forme plus proche du droit interne, et elle a toujours une vocation temporaire. Certaines de ces juridictions ont vu le jour avant la mise en place de la Cour pénale internationale, à savoir celles créées au Timor Oriental (2000), au Kosovo (2000) et en Sierra Leone (2002). D'autres ont été mises sur pied alors que la Cour fonctionnait déjà. Une première vague de ces juridictions comprend les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (2003), la Chambre spéciale pour les crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine (2004), le Tribunal spécial pour le Liban (2007). Récemment, nous assistons à une seconde vague de création de ces juridictions, qui remettent en cause les critères « classiques » d'appartenance à cette catégorie (notamment l'implication des Nations Unies), à savoir : les Chambres africaines extraordinaires au Sénégal pour juger Hissein Habré (2012-2013), la Cour spéciale centrafricaine (2015) et le Tribunal Spécial pour les crimes de guerre commis au Kosovo (2015-2016). L'intérêt grandissant pour cette catégorie de juridictions est illustré non seulement par la création de ces récentes juridictions, mais aussi par les nombreuses propositions qui sont faites en vue d'en créer d'autres (en Syrie, au Sri Lanka, en Corée du Nord, en Israël, au Sud-Soudan, en République Démocratique du Congo, etc.)[55].

La jurisprudence de ces différentes juridictions pénales internationales est présentée dans la chronique de droit international pénal publié deux fois par an dans la Revue de droit pénal et de criminologie.

3. La Cour pénale internationale, une étape décisive

---

52 Voyez e.a. M.A. SWARTENBROECKX, Le tribunal international pour le Rwanda, *La justice internationale face au drame rwandais, op. cit.*, pp. 103 et sv.

53 Les Tribunaux Pénaux Internationaux, qui ont siégé respectivement à La Haye (pour le TPIY) et Arusha (pour le TPIR), n'étaient pas pérennes et ont donc été fermés après plusieurs années d'activité ; leurs affaires encore pendantes sont traitées par le 'Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux', créé par la Résolution 651 du CSNU, 22 décembre 2010, et appelé à disparaître sous peu.

54 La justice pénale internationale. Perspectives historiques et contemporaines, *Rev. int. dr. pén.*, 1996, n° 1-2, pp. 117 et sv.

55 Voy. à cet égard le dossier spécial de La Revue belge de droit international n°XLX, intitulé « Les juridictions pénales internationalisées : un modèle de promesses et de désillusion », dirigé par Damien Scalia et Olivia Nederlandt, Bruxelles, Bruylant, 2018 ; O. NEDERLANDT, « Les juridictions pénales internationalisées ou mixtes : la justice de proximité comme outil de justice transitionnelle », *J.T.*, numéro 675, vol. 37, numéro spécial « Nuremberg – 75 ans après… Les avatars du droit international humanitaire », pp. 772 – 778.

La création des tribunaux *ad hoc* ainsi que le mouvement politique d'opposition à « l'impunité » ont soutenu l'évolution du droit international pénal, au point de mener à la création d'une juridiction internationale permanente, à vocation mondiale : la Cour pénale internationale (CPI). Nous en étudierons ici les lignes de force, retraçant brièvement l'histoire de sa création (a), les limites de ses compétences (b), ses modes de saisine (c) et les principes généraux du droit pénal qu'elle doit respecter (d).

a) La création de la CPI

Après de longs débats au sein de l'ONU, entamés dans les années 1980 et de plus en plus intensifs au cours des années 1990, une conférence diplomatique organisée par l'Assemblée générale des Nations Unies a permis de finaliser la négociation du 'Statut de Rome de la Cour pénale internationale'. Ouvert à la signature en date du 17 juillet 1998, le « Statut de Rome » (ci-après StCPI) est entré en vigueur le 1er juillet 2002. Concrètement, la CPI est compétente pour les crimes prévus par le Statut commis à partir du 1er juillet 2002.

La Cour siège à La Haye. En 2022, on dénombre 123 États parties à son Statut[56]. Certains États importants d'un point de vue politique autant que démographique manquent néanmoins à l'appel (les États-Unis, la Chine et l'Inde, notamment).

Si la Cour a paru constituer l'apogée d'un grand projet de justice, elle fait aujourd'hui l'objet d'autant d'espoirs que de critiques, au sujet de la lenteur de ses procédures (10 condamnations et 4 acquittements ont été prononcés en 20 ans d'activité) et, surtout, de sa difficulté à articuler les aspects juridiques et politiques de son champ. Nombre de dirigeants de pays du Sud notamment critiquent l'action sélective de la Cour, perçue comme une « justice de puissants » qui ne s'intéresse qu'aux crimes commis sur le continent africain[57]. Néanmoins, la majeure partie des affaires ont trait à des situations renvoyées par des Etats africains.

La mise en conformité du droit belge avec le Statut de la CPI a fait l'objet de plusieurs interventions du législateur. Quant au droit matériel, les lois du 23 avril 2003 et du 5 août 2003 ont inscrit les incriminations prévues par le Statut de la CPI aux articles 136*bis* à 136*octies* du Code pénal. Sur le plan procédural, la loi du 29 mars 2004 'concernant la coopération avec la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux' (complétée ultérieurement pour inclure certaines juridictions internationalisées) régit la façon dont la Belgique s'acquitte de ses obligations à l'égard de la Cour ; on relève, à titre d'exemple, que c'est sur cette base que Jean-Pierre Bemba, sous le coup d'un mandat d'arrêt émis par la CPI, a été arrêté par les forces de police belges, en 2008[58].

b) Compétence de la CPI

---

56 Voyez la liste des Etats membres sur le site de la Cour : https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

57 La Cour est par ailleurs également critiquée par des Etats du Nord. Ainsi, le 10 septembre 2018, le conseiller américain à la Sécurité nationale, John Bolton, a qualifié la CPI de "*Cour illégitime*", refusant à la Cour le droit de poursuivre des citoyens américains pour d'éventuels crimes de guerre commis en Afghanistan ou de mener des enquêtes contre "Israël ou d'autres alliés", menaçant de sanctions tout pays tiers qui aiderait la CPI dans son travail (*La Libre Belgique*, 12/09/2018).

58 J.P. Bemba sera acquitté en degré d'appel de l'accusation de crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en Centrafrique en juin 2018.

La compétence de la Cour pénale internationale est définie par son Statut.

On y lit que la CPI est une juridiction permanente[59] (StCPI, art.1) : elle a vocation à durer, contrairement aux TPI ad hoc et aux juridictions internationalisées. En vertu du principe général de non-rétroactivité (StCPI, art. 24), elle est incompétente pour tout événement antérieur à l'entrée en vigueur de son Statut, c'est-à-dire au 1er juillet 2002 ou, pour les États ayant ratifié le Statut ultérieurement, à la date d'entrée en vigueur qui les concerne – à moins qu'ils n'aient consenti à ce que la Cour puisse juger des faits commis antérieurement à leur ratification du Statut (StCPI, art. 11 et 12).

Ratione personae, la compétence de la Cour est limitée aux personnes *physiques* ; plus précisément, la CPI ne peut juger que les individus âgés d'au moins 18 ans au moment où l'infraction concernée a été commise, sur base du principe de la responsabilité pénale individuelle (StCPI, art. 25-26).

Matériellement (*ratione materiae*), la Cour est compétente pour les crimes internationaux « les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale " » (StCPI, Préambule et art. 5). Aux termes du Statut de Rome, ceci recouvre quatre catégories d'infractions (StCPI, art. 6 à 8*bis*), commis dans le cadre de conflits armés internationaux ou internes au États (mais alors, dans ce dernier cas, d'une certaine intensité, ce qui exclut les cas d'émeutes ou de violences sporadiques) :

- les *crimes de guerre* (dans la liste desquels figurent, notamment, les crimes sexuels et l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans l'armée ainsi que leur participation active aux hostilités),
- les *crimes contre l'humanité* (qui impliquent une attaque systématique contre la population civile sous différentes formes: extermination, esclavage, déportation, persécutions, disparitions forcées, apartheid, torture, viol, grossesse et stérilisation forcées),
- les *crimes de génocide* (en ce compris les mesures visant à entraver les naissances d'enfants au sein d'un groupe ou le transfert forcé d'enfants)
- et, ce qui constitue une innovation, les crimes *d'agression* (lesquels impliquent l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État). Dans ce dernier cas, toutefois, la Charte des Nations Unies doit être respectée : il appartient d'abord au Conseil de sécurité de déclarer qu'il y a effectivement eu agression. Cette déclaration conditionne les poursuites par le Procureur de la Cour (articles 15*bis* et 15*ter* du Statut).

On notera que, malgré la demande de certains États, la liste des crimes de DIH ne comprend ni le crime de terrorisme, ni le trafic de stupéfiants.

L'article 12 du StCPI subordonne la compétence de la Cour à l'existence d'un lien de rattachement avec l'un des États parties au Statut de Rome ou ayant accepté la compétence de la Cour. La Cour est compétente (sous réserve que les autres critères de compétence soient également remplis) pour juger tout crime commis *sur le territoire* d'un État partie ou ayant accepté la compétence de la Cour, quelle que soit la nationalité du suspect et l'état de ratification du StCPI par l'État dont il est ressortissant (art. 12, al.2,a) et pour juger tout *ressortissant* d'un État partie ou ayant accepté la compétence de la Cour (art.12, al.2,b). Ces critères de territorialité et de personnalité active sont alternatifs : ils peuvent être mobilisés l'un et/ou

---

[59] Ceci contrairement aux Tribunaux *ad hoc* (internationaux et internationalisés) qui ont été créés par ailleurs.

l'autre pour justifier la compétence de la Cour. Dans les deux cas, la formule « ayant accepté la compétence de la Cour » étend la compétence de celle-ci pour les crimes visés, aux États non parties au Statut qui en auraient « seulement » accepté la compétence.

Cette exigence d'un lien de rattachement, nécessaire à l'exercice de sa juridiction, montre que la compétence de la CPI n'est pas universelle (mais bien territoriale et/ou personnelle). La compétence de la Cour peut cependant être considérée comme universelle dans les situations visées par l'article 13b du StCPI : cette disposition prévoit que le Conseil de Sécurité peut déférer au Procureur de la Cour une situation dans laquelle un des crimes envisagés au Statut a été commis. Or, comme l'article 25 de la Charte des NU dispose que les décisions du Conseil de Sécurité ont force obligatoire pour tout État membre de l'ONU, un État non partie au Statut de Rome ou n'acceptant pas sa compétence peut voir la CPI intervenir sur son territoire ou à l'égard de ses ressortissants. Ce mode de saisine s'est vu activé en 2005, lorsque le Conseil de Sécurité a déféré la situation du Darfour à la Cour sans que le Soudan ne soit un État partie au Statut de Rome, ainsi qu'en 2011, pour la situation libyenne.

Enfin, qu'elle ait un fondement territorial, personnel ou universel, la compétence de la CPI est toujours « complémentaire » à celle des juridictions pénales nationales (StCPI, Préambule et art. 1 et 17). A l'inverse du TPIY et du TPIR, dont la compétence primait celle des États, la Cour est en effet soumise à un principe proche de la subsidiarité : elle n'intervient que lorsque les États présentent une « incapacité » ou un « manque de volonté » de mener « véritablement à bien » les enquêtes, poursuites et jugements pour lesquels ils sont compétents du point de vue territorial ou personnel (StCPI, art. 17). Ce mécanisme a émergé des négociations du Statut afin que les États conservent leur souveraineté tout en prévoyant des verrous de sécurité à l'impunité.

Cette compétence « complémentaire » suppose donc que la Cour, saisie d'une affaire, vérifie la recevabilité de l'affaire et donc sa compétence. Le caractère « complémentaire » de sa compétence entraine trois conséquences :

- une affaire devant la CPI sera jugée irrecevable par la Cour si l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, *sauf* s'il s'avère que « cet État n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites » (art. 17, al.1,a).
- l'affaire sera également jugée irrecevable par la CPI, s'il s'avère qu'elle a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence et que cet État a décidé de ne pas poursuivre – *sauf*, à nouveau, si cette décision de ne pas poursuivre résulte « du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites » (art. 17, al.1, b).
- un État qui se sent dans l'incapacité de mener à bien les poursuites peut choisir de déférer une situation au procureur de la CPI (art. 14).

L'objectif de la complémentarité est d'encourager les États à agir par eux-mêmes tout en garantissant qu'aucun crime international ne demeure impuni : c'est à défaut d'intervention ou en cas d'intervention « factice » des États compétents que la CPI intervient dans leurs affaires internes. Le mécanisme de la complémentarité ne règle pas toutes les difficultés pour autant : d'une part, il peut être instrumentalisé[60] ; d'autre part, la Cour ne dispose pas de forces de police qui lui soient propres et dépend donc toujours des États (manquant éventuellement de la volonté

[60] Ainsi certains ont-ils considéré que la déclaration d'incapacité de la République démocratique du Congo avait permis à ses autorités de s'offrir à moindres frais l'éviction de certains opposants politiques.

ou de la capacité d'agir) pour arrêter les suspects, collecter les preuves, enquêter sur le terrain, etc.

On notera par ailleurs que l'application du principe *non bis in idem* par la Cour aux affaires déjà jugées par une juridiction étatique compétente traduit la même philosophie. En effet, aux termes de l'article 20, al.3, la Cour ne sera pas compétente pour juger une affaire qui aurait déjà fait l'objet d'une décision d'acquittement ou de condamnation par une autre juridiction compétente, *sauf* si :

- la procédure concernée « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale… » (art. 20, al.3, a)
- la procédure concernée « n'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale… mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice » (art.20, al.3,b).

On notera encore que la Cour fait application du principe *non bis in idem* à l'encontre de ses propres jugements antérieurs (art.20, al.1)

c) Saisine de la CPI

En toute cohérence avec les fondements de sa compétence (exposés ci-dessus) et en vertu des articles 13 à 16 du StCPI, la Cour pénale internationale peut être saisie de trois façons distinctes :

- son *procureur* peut faire valoir son indépendance et ouvrir une enquête de sa propre initiative (StCPI, art. 13, c, et 15, al. 1) : sauf en ce qui concerne le crime d'agression (voy. *supra*), il n'a pas besoin d'autorisation du Conseil de sécurité. On note en outre que l'action du procureur ne s'articule pas à celle d'un juge d'instruction : la procédure devant la Cour étant orale et contradictoire, le seul maître des enquêtes et poursuites est le Bureau du Procureur ;
- une situation peut être déférée au procureur de la CPI par un *État partie* (StCPI, art. 13, a, et 14)[61] ;
- une situation peut être déférée par le *Conseil de Sécurité* des Nations Unies (StCPI, art. 13, b, renvoyant à la Charte des NU, Chap. VII) quand il y a menace contre la paix, rupture de la paix ou acte d'agression).

On note par ailleurs que le Conseil de Sécurité peut suspendre les enquêtes et poursuites menées devant la CPI, pendant une durée renouvelable de 12 mois (StCPI, art. 16).

d) Principes généraux du droit pénal

La CPI applique les principes généraux qui fondent la plupart des ordres pénaux internes, dont :

- le principe *ne bis in idem* (StCPI art.20). Ce principe s'impose à la Cour en regard de ses propres décisions antérieures (StCPI art.20, al. 1) ; Il s'impose aux États dont les juridictions ne peuvent juger une personne acquittée ou condamnée par la Cour (StCPI art.20, al.2) ; il s'impose à la Cour, en vertu de sa compétence complémentaire, aux personnes déjà jugées par une autre juridiction compétente, sauf si la procédure menée apparaissait « factice » (StCPI art.20, al. 3, a et b).
- la *légalité des délits et des peines* (StCPI, art. 22 et 23).

---

61 Un exemple récent vise la situation de l'Ukraine. Le 1er et 2 mars 2022, le Bureau du Procureur a reçu, par le biais d'un groupe d'États parties au Statut de Rome un renvoi de ladite situaiton. Le 2 mars 2022, le Procureur a indiqué qu'il avait procédé à l'ouverture d'une enquête.

Au sujet des peines, ce principe implique que les seules peines qui puissent être prononcées par la CPI sont celles que prévoit l'article 77 du Statut de Rome, soit l'emprisonnement pour 30 ans maximum, voire à perpétuité dans certains cas extrêmes, auquel peuvent s'ajouter deux peines accessoires (amende et/ou confiscation des profits, avoirs et biens tirés du crime). Cette disposition prévoyant un régime général de peines, sans attacher une peine spécifique à chaque infraction, est considérée par certains comme insuffisante à l'aune du principe de légalité.
On relève par ailleurs le positionnement abolitionniste adopté dans le StCPI : alors même que les crimes dits « les plus graves » y sont définis, la peine de mort n'y a pas été inscrite.

- la *non rétroactivité de la loi pénale* (StCPI, art. 24) : comme indiqué ci-dessus, la Cour n'a compétence que pour les crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut, en général ou dans l'État concerné. Le Statut prévoit cependant le principe de la rétroactivité d'une loi pénale plus douce : si le droit pénal applicable à un cas est modifié avant le jugement définitif, dans un sens plus favorable au prévenu, c'est ce droit qui s'applique ;
- *l'interprétation stricte* de la loi pénale : la définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambigüité, la définition est interprétée en faveur de l'inculpé ou de l'accusé (StCPI, art. 22, §2) ;
- la responsabilité personnelle (voy. *supra*) ;
- le rejet des immunités (StCPI, art. 27) ;
- la recevabilité de plusieurs causes de justification (par exemple la légitime défense - StCPI, art. 31§1) ;
- la recevabilité de plusieurs causes de non imputabilité (par exemple la contrainte irrésistible, StCPI, art. 31§1er).

Parmi les principes généraux mobilisés par la CPI, on relève enfin, et tout particulièrement, l'imprescriptibilité des crimes (StCPI, art. 29) : nul « droit à l'oubli » ne s'applique à ces crimes « les plus graves ». Le droit belge est conforme à ce principe pour le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité (Code pénal art. 91 et Titre préliminaire du Code de procédure pénale, art. 21).

B. Le droit pénal international

La réalisation d'une infraction, la poursuite ou le jugement de celle-ci peuvent dépasser les limites d'un territoire et, dès lors, impliquer plusieurs États[62]. Le droit pénal international couvre à cet égard deux ensembles de règles qui relèvent en principe de la procédure pénale (c'est pourquoi on le qualifie aussi de droit international *formel* ou *procédural*)[63] :

- d'une part, les règles qui déterminent le champ d'application de la loi pénale sur le plan international, c'est-à-dire celles qui organisent l'extension de compétence des juridictions belges pour les infractions commises à l'étranger. Ces règles se trouvent reprises aux articles 6 à 14 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale[64] ;

---

62 La qualification utilisée par les auteurs néerlandophones, *strafrechtsaanwendingsrecht*, indique bien le contenu de ce droit. Sur l'ensemble de cette matière, voy. Fr. THOMAS, *Internationale rechtshulp in strafzaken, Algemene praktische rechtsverzameling*, Anvers, E. Story-Scientia, 1998.

63 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Liège, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège et Jeune Barreau de Liège, 1989, pp. 1051-1101.

64 Voy. *infra*, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 2. *Le droit pénal dans l'espace*, B. L'exception de la compétence extra-territoriale.

- d'autre part, les règles qui organisent la collaboration entre les États dans l'administration de la justice pénale (entraide judiciaire, extradition, transmission des poursuites, exécution des jugements étrangers)[65]. Sous ce dernier aspect, le droit pénal international est également largement conventionnel, en ce sens qu'il est déterminé soit par des conventions bilatérales[66], soit par des conventions multilatérales au niveau régional[67] et au niveau européen où le Conseil de l'Europe et l'Union européenne jouent un rôle moteur[68].

C. Le droit pénal européen

La construction européenne, entamée dès les lendemains de la deuxième guerre mondiale, n'a pas seulement entraîné des changements économiques, mais a aussi bouleversé les systèmes de normes de nos sociétés. Aujourd'hui, l'« espace pénal européen », appelé à structurer le droit pénal des Etats membres, occupe une place croissante. On le sait, il n'y a pas une Europe mais des Europe(s) entre lesquelles des complémentarités doivent se construire et se développer[69]. Aussi, évoquerons-nous, tout d'abord, le rôle du Conseil de l'Europe et examinerons-nous, ensuite, la place du pénal dans ce qui est devenu aujourd'hui l'Union européenne.

1. Le Conseil de l'Europe

Créé en 1949, le Conseil de l'Europe contribue à la création d'une « culture ou d'une identité pénale européenne »[70], via l'adoption de conventions internationales et de divers instruments de « soft law » (droit non contraignant mais incitatif). En effet, diverses recommandations du Comité des ministres aux États membres[71], ainsi que de nombreuses recommandations, résolutions, avis ou directives de l'Assemblée parlementaire[72] concernent différents aspects du système de justice pénale. Ces instruments, de nature politique, sont susceptibles de susciter et

---

65 D. VANDERMEERSCH, "L'entraide judiciaire internationale au stade de l'instruction préparatoire", *La justice pénale et l'Europe*, sous la direction de Fr. TULKENS et H.-D. BOSLY, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 397 et s. et 405 et s.; A. WINANTS, "De wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken", in A. DE NAUW (éd.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 189 et s.

66 Voy., par exemple, la Convention du 7 juillet 1997 entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc sur l'extradition, approuvée par la loi du 24 février 2005 (*M.B.*, 29 avril 2005). Pour un cas d'application, voy. Cass., 15 juin 2010.

67 Le Benelux a servi de précurseur et le *Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire* du 27 juin 1962 (ratifié par la loi du 1er juin 1964) est considéré comme un modèle du genre.

68 Voy., de manière générale, Fl. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2005.

69 Voy. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009 (l'ouvrage couvre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne) ; D. FLORE, *Droit pénal européen : les enjeux d'une justice pénale européenne*, 3e ed., Bruxelles, Larcier, 2021.

70 Voy. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009 (l'ouvrage couvre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne) ; D. FLORE, *Droit pénal européen : les enjeux d'une justice pénale européenne*, 3e ed., Bruxelles, Larcier, 2021.

71 Les Recommandations s'appelaient Résolutions jusqu'en 1978. Voy. http://www.coe.int/t/cm/home_ fr.asp.

72 Les Recommandations comportent des propositions adressées au Comité des ministres dont l'application est du ressort des gouvernements. Les Résolutions reflètent les décisions de l'Assemblée sur des questions qu'elle est habilitée à régler ou l'expression d'opinions qui engagent sa seule responsabilité. Les Avis sont essentiellement formulés par l'Assemblée sur les questions qui lui sont soumises par le Comité des ministres tels que les projets de convention. Les Directives, enfin, sont les instructions adressées par l'Assemblée à une ou plusieurs de ses commissions. Voy. http://assembly.coe.int/DefaultF.asp.

d'inspirer des réformes dans les différents États membres et s'adressent aux législateurs nationaux.

Parmi les organes du Conseil de l'Europe, outre le Comité des ministres et l'Assemblée consultative (appelée en pratique l'Assemblée parlementaire), on trouve également un secrétariat, un commissaire aux droits de l'Homme, un congrès des pouvoirs locaux et régionaux et une conférence des OING (organisations internationales non gouvernementales).

En ce qui concerne la structure du Conseil de l'Europe, celle-ci comprend plusieurs grandes « Directions générales », parmi lesquelles la direction générale « Droits de l'homme et État de droit ». Celle-ci se subdivise en trois directions : direction des droits de l'homme, direction de la société de l'information et de l'action contre la criminalité et commission de Venise (soit la commission européenne pour la démocratie et le droit).

Ces trois directions créent en leur sein des organes consultatifs intergouvernementaux ou composés d'experts indépendants. Ainsi, au sein de la direction de la société de l'information et de l'action contre la criminalité, un « Comité européen pour les problèmes criminels » a été créé en 1956. Rebaptisé plus tard « Comité directeur pour les problèmes criminels » (CDPC), cet organe poursuit des travaux de nature plutôt doctrinale qui visent à inspirer des politiques criminelles communes ou à soutenir l'action des organes politiques du Conseil. Le CDPC a largement contribué à la création d'un savoir criminologique dans la durée. Il aura aussi été un lieu « où se sont construites des normes éthiques », et notamment « une morale des modes d'emploi des normes pénales »[73]. Sous son égide, sont organisées les Conférences des ministres de la Justice et les Conférences des directeurs des services pénitentiaires et de probation. Le CDPC comprend deux structures subordonnées : le conseil de coopération pénologique (PC-CP) et le comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes à la coopération dans le domaine pénal. Le PC-CP fournit des informations sur les normes et principes du Conseil de l'Europe dans le domaine de l'exécution des sanctions et des mesures pénales privatives et non privatives de liberté. Il a ainsi rendu plusieurs avis durant la crise sanitaire. C'est aussi lui qui est en charge depuis 1983 de la gestion de l'outil statistique sur les peines privatives de liberté et peines de probation dénommé « SPACE »[74].

Trois domaines principaux sont couverts par les activités du Conseil de l'Europe en matière pénale :

1. Le premier domaine est celui des *droits humains*. Il faut rappeler ici que l'adhésion au Conseil de l'Europe est conditionnée, dans le chef des États membres, par l'adhésion à la *Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention de Rome du 4 novembre 1950). Il est aujourd'hui significatif de constater combien les cours et tribunaux étatiques mobilisent, de plus en plus, les droits de l'homme et les dispositions de la Convention pour interroger l'approche des questions pénales en droit interne. À cet égard, on peut considérer que les droits de l'homme sont devenus l'intelligence et la conscience de l'Europe et, particulièrement, de l'Europe pénale[75].

---

73 C. FAUGERON ET L. HULSMAN, « Le développement de la criminologie au sein du Conseil de l'Europe : état et perspectives », *La justice pénale et l'Europe, op. cit.*, p. 44.

74 SPACE pour **S**tatistiques **P**énales **A**nnuelles du **C**onseil de l'**E**urope : http://wp.unil.ch/space

75 Ceci reste vrai, même si, ces dernières années, se constate une tendance dans le chef de certains Etats ou dirigeants politiques à vouloir s'affranchir des obligations découlant de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, la Convention est dotée d'un organe de contrôle, la *Cour européenne des droits de l'homme*, qui siège à Strasbourg et dont les décisions en matière pénale contribuent à créer un ordre public pénal européen respectueux des droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe s'est donc doté d'un instrument puissant qui contribue, petit à petit, à façonner une pénalité respectueuse des droits de l'homme dans la « grande Europe ».

On soulignera encore, en ce qui concerne les relations entre les « deux Europe(s) », que l'adhésion de l'Union européenne (la « petite Europe ») à la Convention européenne des droits de l'homme, depuis longtemps discutée[76], est fixée comme un objectif. L'article 6 § 2 du Traité de Lisbonne (entré en vigueur le 1er décembre 2009) établit ainsi que « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». L'avis 2/13, rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 18 décembre 201477, a néanmoins sérieusement enrayé ce processus en rendant un avis négatif sur la compatibilité du projet d'accord d'adhésion avec le droit primaire de l'Union. Des négociations pour la conclusion d'un nouvel accord, compatible avec les exigences posées par cet avis, sont depuis en cours.

2. Un deuxième domaine concerne la *peine privative de liberté et les alternatives* à celles-ci. Actuellement, les initiatives du Conseil de l'Europe dans ce domaine couvrent, progressivement, l'ensemble des questions liées à l'enfermement[78] et aux alternatives à celui-ci. A titre d'exemple, on mentionnera la Convention du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Cette Convention, directement centrée sur les lieux de privation de liberté, renforce l'interdiction (de la torture et des traitements inhumains et dégradants) prévue par l'article 3 de la CEDH[79]. Le Conseil de l'Europe met régulièrement à jour un « compendium » des textes clés relatifs aux questions pénitentiaires et aux sanctions et mesures appliquées dans la communauté[80].

Un organisme de contrôle a par ailleurs été institué pour assurer le respect de cette Convention, avec le *Comité européen pour la prévention de la torture des peines ou des traitements inhumains et dégradants* (CPT). Cet organe effectue des visites dans différents pays et adresse des rapports aux gouvernements. Les rapports du CPT sont importants, dans la mesure où ils constituent des avertissements lancés aux États en ce qui concerne, par exemple, la surpopulation pénitentiaire, les conditions de détention ou en encore la situation des internés souffrant de troubles mentaux et incarcérés dans les annexes psychiatriques de prison (*infra*). Ces rapports sont par ailleurs mobilisés dans les arrêts de la Cour européenne des droits de

---

76 O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, "L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés", *Cah. dr. europ.*, 1996, pp. 556 et s. Voy. aussi Fr. TULKENS et J. CALLEWAERT, "La Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et les droits fondamentaux", in M. DONY et E. BRIBOSIA (éds.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne après le traité de Nice*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 177 et s.

77 CJUE, avis 2/13, 18 décembre 2014, ECLI:EU:C :2014 :2454

78 D. VAN ZYL SMIT et S. SNACKEN, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009; J.-M. LARRALDE, "Le Conseil de l'Europe, promoteur des réformes pénitentiaires", *Dialectiques carcérales*, sous la direction de P.-V. TOURNIER, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 241 et s.

79 Cette Convention a été approuvée par la loi du 7 juin 1991 (*M.B.*, 29 janvier 1992); voy. aussi la loi du 4 août 1996 portant assentiment aux Protocoles nos 1 et 2 à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants faits à Strasbourg le 4 novembre 1993 (*M.B.*, 15 avril 1997).

80 https://www.coe.int/fr/web/prison/home.

l'homme. On notera encore que la synthèse des recommandations du CPT est susceptible de constituer un « code de bonne pratique »[81] à l'intention des États. En Belgique, le CPT a déjà réalisé sept visites périodiques (en 1993, 1997, 2001, 2005, 2009, 2012, 2013, 2016 et 2017) et trois visites *ad hoc* (en 2011, 2012 et 2016). Il a aussi publié une déclaration publique à l'encontre de l'État belge en date du 13 juillet 2017, afin de dénoncer le manque de collaboration de celui-ci sur la mise en place d'un « service garanti » au sein des prisons en temps de grève du personnel[82].

3. Un troisième domaine est celui du *droit pénal proprement dit*. L'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe s'est développée dans ce domaine de manière intensive, depuis longtemps[83]. Du côté du droit pénal matériel, il est significatif d'observer les figures criminelles qui, au fil du temps, font consensus sur la scène européenne : le terrorisme, le blanchiment des produits du crime, la corruption, la criminalité organisée et, plus récemment, la cybercriminalité et la traite des êtres humains. Du côté du droit procédural, le Conseil de l'Europe a joué un rôle moteur dans la naissance et le développement du droit pénal international.

2. La construction d'un « espace pénal » au sein de l'Union européenne

Depuis sa naissance, le droit pénal de l'Union européenne a connu un développement important qu'il n'est pas possible de retracer dans son entièreté ici. Dans la mesure où la matière est extrêmement complexe et en constante évolution, nous en examinerons ici le déroulement chronologique de manière synthétique. Certes, ce cheminement peut paraître long. Il nous paraît néanmoins important pour comprendre, dans une perspective temporelle et historique, la création de cette nouvelle réalité juridique qui reste encore, à notre avis, trop largement méconnue[84].

a) Du Traité de Rome aux Accords de Schengen : une communauté sans droit pénal

En 1957, le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la CEE (Communauté économique européenne) ne contient pas le projet de créer un droit pénal communautaire. L'aspect pénal des matières économiques, sociales, fiscales ou douanières gérées au niveau européen n'est pas envisagé par les auteurs des Traités. Dans ses premières années, la Communauté européenne reste, sauf exceptions, une Communauté sans droit pénal[85].

---

81 R. MORGAN et M. EVANS (éds.), Combattre la torture en Europe. Le travail et les normes du Comité européen pour la Prévention de la Torture, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002.

82 I. FICHER et C. GUILLAIN, « Du difficile équilibre entre le respect des droits fondamentaux des détenus et le droit à l'action collective des agents pénitentiaires », *in* Fr. Krenc (dir.), *Droit de grève: actualités et questions choisies*, Larcier, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2015, pp. 87-124 ; O. NEDERLANDT, « Absence de service minimum garanti en période de grève dans nos prisons : la Belgique mérite-t-elle sa place au Conseil de l'Europe ? », *Rev. trim. d. h.*, 2018, pp. 299 -302.

83 Voy. *Coopération contre la criminalité : les conventions du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2007. *Cf. supra*, A. Le droit international pénal, 1. Un droit pénal conventionnel et B. Le droit pénal international.

84 Sur l'ensemble de cette évolution, voy. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 3e éd., 2021.

85 Ainsi, sauf pour des exceptions mineures dans le Traité Euratom (art. 194/1), il n'y a pas d'infractions pénales au niveau communautaire. Dans les années 1970, la question du pénal a pourtant été expressément évoquée à propos de la responsabilité pénale des fonctionnaires européens (le délit d'ingérence notamment) et les fraudes au budget communautaire, mais ceci restera sans suite.

Au fil des années, les Communautés européennes sont progressivement confrontées à la question pénale. Ceci se traduit notamment par l'apparition de certaines formes d'interventions que l'on peut qualifier de « pénales », par exemple en matière de lutte contre la fraude au budget communautaire. Certains auteurs parlent alors déjà de « l'embryon d'un futur droit pénal européen »[86].

b) Les Accords de Schengen (1985-1995)

L'*Accord de Schengen du 14 juin 1985* constitue la première véritable étape sur la voie de la construction pénale européenne. Cet Accord lie au départ la France, la République Fédérale d'Allemagne et les pays du Bénélux (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas). Il envisage « la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes à ces pays dans la circulation des personne ».

La *Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen* (entrée en vigueur le 26 mars 1995) précise les contours et les moyens mis en œuvre pour donner force au projet de Schengen[87]. Cette Convention est conclue en dehors du cadre institutionnel communautaire et débouche, entre les pays signataires, sur une coopération de nature strictement intergouvernementale. D'autres pays européens adhéreront par la suite à la Convention. Aujourd'hui, l'espace Schengen lie 26 États, soit les pays membres de l'Union Européenne (à l'exception de la Grande-Bretagne – précédemment membre de l'Union – et de l'Irlande et avec un cas particulier, le Danemark, qui n'applique pas toutes les règles Schengen), ainsi que quatre pays non-membres de l'UE (l'Islande, le Lichtenstein, la Norvège et la Suisse).

La *philosophie de Schengen* inaugure la création d'un « espace policier et judiciaire » européen, que certains assimileront à la construction d'une « forteresse européenne » : dans le cadre d'une philosophie compensatoire, la libre-circulation des citoyens (et donc la suppression des contrôles aux frontières) à l'intérieur de l'espace Schengen est en effet compensée par le renforcement des contrôles aux frontières extérieures de l'Espace Schengen. Aujourd'hui, l'agence FRONTEX (agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes) symbolise cette logique de coopération : son rôle est d'aider les États membres de l'Union Européenne et les autres pays associés à l'espace Schengen à gérer leurs frontières extérieures et à faciliter la coopération entre les autorités de surveillance des frontières des divers pays membres.

Outre une série de dispositions relatives à l'octroi des visas d'entrée sur le territoire et au droit d'asile, l'*objet* principal de la Convention d'application de l'Accord de Schengen est de renforcer la coopération judiciaire et policière entre les pays qui y ont adhéré[88]. À cette fin, une banque de données informatisées est mise au point : le Système d'Information Schengen (S.I.S.). Un double constat peut être formulé relativement à cette coopération :
- d'une part, dans le cadre du dispositif Schengen, la coopération policière se développera plus rapidement que la coopération judiciaire[89]. Un des facteurs explicatifs en est que la justice, plus que la police, relève directement du pouvoir régalien des États et que ces derniers se montrent

---

86 U. SIEBER, "Union européenne et droit pénal européen. Propositions pour l'avenir du droit pénal européen", *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 249 et s.

87 G. RENAULT, *Schengen, un modèle pour l'Europe pénale?*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux, 1995; V. HREBAY, *Les accords de Schengen*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

88 G. RENAULT, « Schengen, un modèle pour l'Europe pénale? », *op. cit.,* pp. 75 et s.

89 G., RENAULT, J. VANDERBORGHT, L. VAN OUTRIVE, « La collaboration policière internationale en Europe », *Déviance et société*, 1996, pp. 173 et sv.

réticents à céder des compétences dans un domaine qui incarne leur souveraineté. - d'autre part, en ce qui concerne la coopération judiciaire, la Convention d'application se limite à rappeler l'application du principe *non bis in idem* (art. 54), à compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et à faciliter les procédures d'extradition (art. 59 à 66)[90].

Ces dernières années, la philosophie de la libre circulation des personnes propre aux Accords de Schengen est sérieusement mise à mal par la crise *migratoire*, parfois associée à une menace terroriste. En son article 2§2, la Convention de 1985 prévoit une « clause de sauvegarde » autorisant un État à rétablir des contrôles à ses frontières pour une durée déterminée, lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent. Un « Code Frontières Schengen » du 15 mars 2006, profondément révisé en 2016, précise le régime de cette mesure en principe exceptionnelle et contraire à la philosophie même des Accords : en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un État membre peut exceptionnellement réintroduire le contrôle aux frontières intérieures pendant une période d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours. La mesure, dans sa portée et sa durée, ne peut excéder ce qui est « strictement nécessaire pour répondre à la menace grave » (art. 25, §1). La réintroduction ne peut avoir lieu qu'en « en dernier recours » (art.25, §2). Par ailleurs, si la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure persiste au-delà des trente jours ou de la durée initialement prévisible, la mesure peut être prolongée pour des périodes renouvelables ne dépassant pas trente jours (art.25, §3), sa durée totale ne pouvant excéder six mois (art.25, §4). Cependant, cette durée totale peut être étendue à une durée maximale de deux ans dans un cas : lorsque des circonstances exceptionnelles mettent en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen « du fait de manquements graves et persistants liés au contrôle aux frontières extérieures visés à l'article 21 » et dans la mesure où ces circonstances représentent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure à l'intérieur de l'espace Schengen (art. 25 §4 et 29 §1).

À la suite de l'Allemagne[91] en septembre 2015, plusieurs États (Autriche, Belgique, France, Hongrie, Slovénie) réintroduiront et prolongeront un contrôle à leurs frontières, invoquant la menace pour la sécurité intérieure que représente l'afflux de migrants ou les attentats terroristes. Le principe de la libre circulation à l'intérieur de l'espace Schengen, considéré comme une grande avancée dans la construction de l'espace pénal européen, reste donc fragile. En période de crise, la tentation de « réformer Schengen » sur ce point refait régulièrement surface.

c) Le Traité de Maastricht du 7 février 1992 : une coopération intergouvernementale

Le Traité sur l'Union européenne (TUE) du 7 février 1992 constitue une nouvelle étape importante sur la voie de l'intégration européenne. Le TUE prévoit trois piliers[92], dont un troisième pilier « Justice et affaires intérieures (JAI) » qui fait entrer la matière pénale dans l'espace normatif européen, tout en laissant se développer en parallèle la coopération Schengen entre un plus petit groupe d'États.

---

90 S. BRAMMERTZ, « La collaboration policière et judiciaire dans le cadre des Accords de Schengen », *Le point sur les procédures (1re partie)*, Liège, Ed. formation permanente Commission Université-Palais, mars 2000, pp. 379 et s.; voy. C.J.C.E., arrêt du 11 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 183.

91 Délégation allemande (2015), Document du Conseil 11986/15.

92 Depuis le Traité de Maastricht, l'Union européenne se compose de trois piliers. Le premier est supranational et regroupe les trois Communautés européennes (CECA, CE, CEEA). Les deux autres sont de nature intergouvernementale et ils couvrent, respectivement, la politique étrangère et la sécurité intérieure.

Ce troisième pilier est visé par le titre VI du TUE, intitulé « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures »[93]. Destiné à promouvoir "la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures", ce titre VI favorise néanmoins, en matière pénale et policière, une coopération *essentiellement intergouvernementale.*

Peu de compétences pénales sont en effet cédées à l'UE dans un domaine régalien, toujours considéré comme la chasse gardée des États. Plusieurs éléments soulignent cette dimension :
- dans la pratique, c'est le Conseil JAI (Justice et Affaires Intérieures), réunissant les ministres de la Justice et des Affaires Intérieures des États membres, qui prend les décisions ;
- sous réserve de quelques exceptions, la prise de décision a lieu à l'unanimité, ce qui maintient à chaque État un droit de veto ;
- dans les trois domaines clés de la coopération en matière pénale que sont la coopération judiciaire en matière pénale, la coopération douanière et la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogues et d'autres formes graves de criminalité internationale, la Commission n'a aucun droit d'initiative et les Etats gardent donc un monopole à cet égard (art. K.3.2).
- le Parlement européen est faiblement impliqué, n'ayant droit qu'à une "information régulière", ce qui réduit son rôle à une portée symbolique (art. K.6).

d) Le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 : une étape significative

Signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, le Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains Actes connexes, adopté par le Conseil européen réuni à Amsterdam les 16-17 juin 1997, est considéré comme une étape centrale dans la construction européenne.

En matière pénale, le Traité d'Amsterdam donne lieu à de appréciations divergentes. Si certains estiment que « la déception du monde juridique se concentrera sur les réformes du troisième pilier »[94], d'autres estimeront au contraire que ce Traité marque « la réelle émergence d'un droit pénal européen »[95].

Les principaux apports du Traité d'Amsterdam en matière pénale sont les suivants :

1. d'un point de vue *institutionnel*, les matières contenues dans le « troisième pilier » Intérieur-Justice du Traité de Maastricht sont réparties en deux ensembles séparés :
- un premier bloc de matières est transféré vers le premier pilier, dont le fonctionnement répond à la logique « supranationale » : l'immigration et l'asile, la fraude au budget communautaire et certains aspects de la coopération douanière et de la coopération judiciaire en matière civile (art. 7A, al.2). Ces matières sont « communautarisées » et donc soumises à un régime où les pouvoirs de l'Union sont plus importants (droit d'initiative de la Commission, consultation du Parlement européen, recours aux instruments juridiques classiques de l'Union, etc.).

---

93 R. BIEBER et J. MONAR (éds.), *Justice and Home Affairs in the European Union. The development of the third pillar, Bruxelles*, P.I.E.-Peter Lang, 1995 ; C. BARBIER, « La coopération européenne dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », *CRISP, Courrier hebdomadaire*, 1997, n^{os} 1546-1547.

94 F. DEHOUSSE, « Le Traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe », *C.D.E.*, 1997, p. 269.

95 D. FLORE, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *J.T. Droit européen*, 1999, pp. 121 et s.

- un second groupe de matières reste inclus dans le « troisième pilier version Amsterdam », avec un Titre VI rebaptisé « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Ce nouveau Titre VI se recentre sur des matières spécifiquement pénales.

Il faut mentionner également que ce que l'on appelle les « acquis » de Schengen, c'est-à-dire l'ensemble des actes pris pour l'exécution des accords eux-mêmes, glissent dans le premier pilier ou restent dans le troisième pilier en fonction des domaines auxquels ils se rattachent.

2. D'un point de vue *substantiel*, les articles K.1 à K.12 du Titre VI configurent le projet pénal conçu à Amsterdam. L'article K.1, al.1 précise l'objectif du troisième pilier qui est d'"offrir au citoyen un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes". L'objectif n'est donc plus seulement de proposer des mesures compensatoires à la suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union européenne. Il devient de développer au sein de l'Union un *espace de liberté, de sécurité et de justice.*

Les moyens pour atteindre cet objectif passent par des politiques concertées de « prévention et de lutte contre la criminalité, organisée ou autre, la lutte contre le terrorisme, la traite des êtres humains et les crimes contre les enfants, le trafic des drogues, le trafic d'armes, la corruption et la fraude » (art. K.1, al.2). La liste est intéressante en ce qu'elle traduit les priorités de l'Union en matière pénale. Par ailleurs, ces politiques concertées supposent une coopération plus étroite en matière policière (art. K2) et judiciaire pénale (art. K.3).

L'influence de l'Union s'accroit clairement en matière pénale, ce dont témoigne une double évolution :

- D'une part, la Commission se voit reconnaître un droit d'initiative général en matière de coopération policière et judiciaire pénale (art. K.6. 2). Si l'octroi de ce droit d'initiative - qui ne lui était pas reconnu par le Traité de Maastricht - constitue une avancée certaine, la Commission le partage néanmoins avec les États-membres qui maintiennent donc leur emprise sur ce domaine.
- D'autre part, en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale, l'article K.3.b met l'accent sur la nécessité de faciliter l'extradition entre les États membres, alors que l'article K.3.e rend possible l'adoption de « mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans le domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue ». Ce dernier point est évidemment important, puisqu'il ouvre la porte à la création d'un embryon de droit pénal substantiel européen dans ces trois domaines de criminalité.

3. En termes *d'instruments*, le Traité prévoit le recours, au côté des instruments antérieurs, à un nouvel outil, la *décision-cadre*. L'article K.6 prévoit en effet que le Conseil, statuant à l'unanimité (K6, al.2), peut arrêter à l'initiative de tout État membre et de la Commission, des décisions-cadres qui lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales le choix quant à la forme et aux moyens à mettre en œuvre (K.6, al.2, b)[96]. La décision-cadre, instrument qui nécessite une transposition dans l'ordre interne des États-

96 Sur la portée des décisions-cadres, voy. P.-Y. MONJAL, « Le droit dérivé de l'Union européenne enquête d'identité », *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, pp. 335 et s.

membres, sera largement utilisée comme en témoigne, par exemple, la décision-cadre du 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme[97].

4. Le *poids des autres instances européennes* s'accroit également :
- La Cour de justice des Communautés européennes devient compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres (et des décisions) ainsi que sur l'interprétation des conventions et de leurs mesures d'application (art. K.7).
- Le Parlement européen doit désormais être informé régulièrement des travaux menés dans les domaines relevant du titre VI (art. K.11).

5. Enfin, l'article K.12 prévoit la possibilité d'une *coopération renforcée*, plus étroite, entre certains États membres. A cet effet, un nouveau titre est inséré, le « Titre VI A. Dispositions sur la coopération renforcée », et celle-ci est organisée par les articles K.15 à 17.

Néanmoins, malgré diverses avancées, le IIIe pilier version Amsterdam continue à privilégier une coopération principalement « inter-gouvernementale » :
- Le Conseil (représentatif des gouvernements des États-membres) conserve une position dominante comme organe de décision et la règle de l'unanimité reste de mise, sauf exception. Un État peut donc toujours mettre son veto à toute réforme.
- Si la Cour de justice reçoit un rôle d'interprétation des instruments pris dans le cadre du titre VI, le Traité d'Amsterdam ne permet pas d'attraire un État membre devant la Cour de justice pour défaut de mise en œuvre ou de transposition d'un instrument législatif – par exemple une décision-cadre – dans l'ordre interne. Cette procédure de « recours en manquement », envisagée dans d'autres domaines, n'est pas d'application pour les matières relevant du IIIe pilier.
- Le rôle du Parlement européen reste faible, avec un pouvoir d'avis.

e) Le Conseil européen de Tampere et le principe de reconnaissance mutuelle (1999)

Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 accélère le processus de construction pénale européenne dans la mesure où il inscrit l'espace de liberté, de sécurité et de justice comme une *priorité* de l'Union[98].

Sur un plan pratique, la principale avancée introduite par le Conseil de Tempéré est l'adoption d'un principe de *reconnaissance mutuelle* des décisions judiciaires en matière pénale. Appelée à devenir la "pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union"[99], la reconnaissance mutuelle suppose qu'un État membre reconnaisse, selon un principe d'équivalence, les mêmes effets aux décisions étrangères qu'aux décisions nationales[100]. Ce

---

97 M.A. BEERNAERT, « La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme », *Revue internationale de droit pénal*, 2006, pp. 277 et s.

98 G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European judicial criminal area*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 3 et s.

99 G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001 ; The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union – L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, sous la direction de G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO et A. WEYEMBERGH, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009.

100 A cet égard, il y a des liens de parenté étroits avec la Convention du Conseil de l'Europe du 28 mai 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs. *Cf. supra*, B. Le droit pénal international.

principe suppose à la fois un rapprochement entre le droit pénal des États-membres et l'existence d'une forme de confiance dans le système pénal des États partenaires.

Expression la plus achevée de la reconnaissance mutuelle, l'adoption du mandat d'arrêt européen (MAE) est entérinée par la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme. Le MAE est appelé à remplacer la mosaïque des conventions internationales (souvent bilatérales) en matière d'extradition et donne naissance à une construction complexe[101]. En 2018, les difficultés liées à l'exécution du MAE lancé par la justice espagnole à l'encontre des dirigeants politiques catalans exilés dans d'autres pays européens montrent que le principe de reconnaissance mutuelle ne reçoit pas encore d'application automatique. La montée de l'autoritarisme dans certains pays d'Europe centrale[102] met également à mal le principe de confiance mutuelle, qui est pourtant une condition de viabilité de la coopération pénale européenne et, en particulier, du mandat d'arrêt européen[103].

On retiendra encore, parmi un nombre important d'autres initiatives normatives qui contribuent à structurer progressivement un champ judiciaire pénal européen unifié, la création d'Eurojust, organe de coopération judiciaire européenne, par une décision-cadre du 28 février 2002104. Pendant d'Europol, Eurojust est créé afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité et, plus tard, contre la criminalité organisée[105].

f) Le Conseil Européen de Nice du 7 décembre 2000 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

Si un premier enjeu de la construction d'un espace judiciaire pénal européen est d'accroître l'efficacité de la réponse pénale face à une criminalité transfrontière, un second réside dans la capacité de le construire dans le plein respect des droits fondamentaux. À cet égard, la Charte des droits fondamentaux de l'Union, proclamée au Sommet de Nice le 7 décembre 2000, renforce les droits de l'homme dans l'enceinte de l'Union.

Cette charte, d'abord proclamée comme instrument non contraignant, reçut, avec le traité de Lisbonne, la même valeur juridique que les traités et fut ainsi érigée au rang de droit primaire[106]. Ceci a pour conséquence d'une part, que les actes de droit dérivé du droit de l'Union – en ce

---

101 D. ZEROUKI, Y. CARTUYVELS, « De l'extradition au mandat d'arrêt européen : vers une redéfinition de la territorialité pénale », in *Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir*, 2017, III, pp. 217-253.

102 Plusieurs Etats membres font l'objet d'inquiétudes de la Commission concernant l'indépendance du système judiciaire et notamment : la Pologne, la Bulgarie, la Roumanie, la Slovaquie et la Croatie. À ce propos voy. Commission européenne, Rapport 2020 sur l'État de droit. La situation de l'État de droit dans l'Union européenne, 30 septembre 2020, COM (2020) 580 final, pp. 11-13.

103 C. RIZCALLAH, Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne. Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs, Bruxelles, Larcier, 2020.

104 Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *J.O.C.E.*, 6 mars 2002. Cette décision-cadre est désormais remplacée par le Règlement (UE) 2018/1727 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) et remplaçant et abrogeant la décision 2002/187/JAI du Conseil, *J.O.L.* 295 du 21 novembre 2018, p. 138-183.

105 *J.O.C.E.*, 6 mars 2002 et *J.O.U.E.*, 4 juin 2009. Voy. D. FLORE, « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 9 et s. ; Fr. DEHOUSSE et J. GARCIA MARTINEZ, « Eurojust et la coopération judiciaire pénale », *J.T. Dr. eur.*, 2004, pp. 161 et s.

106 Article 6 du TUE.

compris en matière pénale – doivent respecter ses dispositions et que, d'autre part, les États membres sont également tenus de les respecter « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »[107] (dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, par exemple).

La charte contient un ensemble de dispositions qui concernent directement ou indirectement le domaine pénal[108]. On pense :
- au droit à la vie[109] et à l'intégrité physique et mentale de la personne (art. 3) ;
- à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4) ;
- à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 5) ;
- au droit à la liberté et à la sûreté (art. 6) ;
- à la présomption d'innocence et aux droits de la défense (art. 48) ;
- aux principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 49) ;
- au droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction (art. 50).
On constate que nombre de ces dispositions reprennent des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, qui devient ainsi le « droit commun » des droits fondamentaux en Europe[110], qu'il s'agisse de la « petite Europe » ou de la « grande Europe ».

g) Le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004

Piloté par Valery Giscard d'Estaing, ancien président de la République française, le projet de Constitution pour l'Europe[111] ne verra pas le jour. Son adoption sera en effet rejetée par référendum, tant en France qu'aux Pays-Bas.

Ce projet reste important en matière pénale, dans la mesure où plusieurs des innovations qu'il prévoit d'introduire en matière pénale seront reprises par le Traité de Lisbonne qui le remplacera. De manière générale, il traduit un saut qualitatif important, privilégiant de manière nettement plus accentuée la méthode communautaire (adoption de lois européennes et de lois-cadres européennes) sur la méthode de coopération intergouvernementale dans le domaine pénal.

On fait le choix de ne pas traiter ce projet de Constitution ici, dans la mesure où ses principales inflexions pénales à portée réelle seront reprises dans le Traité de Lisbonne que l'on analyse plus loin[112]. On se contentera de souligner que, dans la foulée du Traité d'Amsterdam, le Projet

---

107 Art. 51 de la Charte de droits fondamentaux.

108 *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, sous la direction de J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; E. BRIBOSIA, « Quelle charte des droit fondamentaux pour l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éds.), *Vers un espace judiciare pénal européen*, *op. cit.*, pp. 19 et s. ; F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Larcier, 2020.

109 Voy., l'intervention comme *amicus curiae* de l'Union européenne dans l'arrêt *Roper c. Simmons* de la Cour Suprême des Etats-Unis du 1er mars 2005 qui abolit la peine de mort pour les mineurs.

110 Fr. TULKENS et J. CALLEWAERT, "La Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et les droits fondamentaux", in M. DONY et E. BRIBOSIA (éds.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 177 et s.

111 Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne, sous la direction de O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL, Bruxelles, Larcier, 2004 ; Genèse et destinée de la Constitution européenne, sous la direction de G. AMATO, E. BRIBOSIA et B. DE WITTE, Bruxelles, Bruylant, 2007.

112 Pour une analyse approfondie, voy. F. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer, 2014, pp. 209 et s.

de Constitution consacre le renforcement de la coopération policière (avec EUROPOL) et de la coopération judiciaire en matière pénale (principe de reconnaissance mutuelle, rôle d'EUROJUST comme acteur central de la coopération judiciaire ; règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans divers domaines de la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière).

h) De nouvelles avancées : le développement du principe Ne bis in idem

Dans les années qui suivent ce projet mort-né, de nouvelles avancées se poursuivent dans le développement du droit pénal européen. Outre un arrêt important de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 septembre 2005 qui consacre un transfert de compétence de la législation pénale au profit de la Commission [113] et le développement de plusieurs programmes spécifiques en matière pénale, le principe *ne bis in idem* va faire l'objet de développements importants.

Dans son arrêt *Gozutök et Brugge*[114], la Cour de justice, en s'appuyant sur le principe de confiance mutuelle, a considéré que le principe *ne bis in idem* s'appliquait lorsqu'une personne se voyait offrir, pour les mêmes faits, un règlement transactionnel par le ministère public et que le montant requis avait été versé[115]. Lors de la ratification de la Convention d'application des accords de Schengen (CAAS), les États parties n'avaient pas prévu qu'un règlement transactionnel conclu avec le ministère public emporterait l'application du principe ne bis in idem, avec pour conséquence de faire obstacle à l'initiation d'une autre procédure pénale dans un autre État membre. Néanmoins, la Cour de justice a déclaré que : « le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la CAAS, qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente »[116] ; « pour les mêmes motifs, l'application par un État membre du principe *ne bis in idem*, tel qu'énoncé à l'article 54 de la CAAS, à des procédures d'extinction de l'action publique ayant eu lieu dans un autre État membre sans l'intervention d'une juridiction ne saurait être subordonnée à la condition que l'ordre juridique du premier État n'exige pas non plus une telle intervention juridictionnelle »[117].

On évoquera également l'arrêt *Van Esbroeck* du 9 mars 2006 de la Cour de justice des Communautés européennes[118], lequel vient préciser la portée du principe tel que prévu par

---

113 C.J.C.E., 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, *J.T. Dr. eur*., 2006, p. 120 ; D. PICHOUSTRE, "La compétence pénale de la Communauté. A propos de l'arrêt Commission c. Conseil rendu le 13 septembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes", *J.T. Dr. eur*., 2006, pp. 10 et s.

114 CJUE, arrêt du 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87. Sur cet arrêt, voy., A. WEYEMBERGH, « Comment on CJEU, 11 February 2003, Joined Cases C-187/01 and C-385/01. Criminal Proceedings v Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge », *in* V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO et L. MANCANO, *The Court of Justice and European criminal law leading cases in a contextual analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 199-211.

115 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 78.

116 *Ibid.,* point 33.

117 *Ibid.,* point 34

118 C.J.C.E., 9 mars 2006, arrêt *Van Esbroeck*, C-436/04. Voy. aussi C.J.C.E., 18 juillet 2007, arrêts *Kretzinger* (C-288/05) et *Kraaijenbrink* (C-367/05); C.J.C.E., 22 décembre 2008, arrêt *Turansky*, C-491/07.

l'article 54 de la Convention de Schengen. L'arrêt fait suite à une demande préjudicielle en interprétation introduite par la Cour de cassation belge. En l'espèce, l'arrêt porte sur l'application du principe *ne bis in idem* à la répression du trafic de stupéfiants lorsque celui-ci est organisé sur le territoire de plusieurs États membres de l'espace Schengen. Alors qu'en ce domaine, les autorités judiciaires belges refusaient jusque-là de reconnaître les jugements étrangers qui avaient déjà été prononcés et engageaient de nouvelles poursuites dans notre pays, la Cour de justice consacre l'interprétation selon laquelle le principe *ne bis in idem* doit s'appliquer à ce type délits[119]. En ce qui concerne l'*idem*, la Cour estimera en outre que le seul critère pertinent aux fins de l'application du principe est "celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances indissociablement liés entre elles", indépendamment de la qualification juridique de ceux-ci ou de l'intérêt juridique protégé (§§ 35 et 36). Autrement dit, plus question (par exemple) de juger dans un Etat de l'espace Schengen un acte qualifié « d'importation » de stupéfiants s'il a déjà été jugé sous une autre qualification (« exportation ») dans un autre pays de l'espace Schengen.

La contradiction relevée par certains auteurs entre la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour européenne des droits de l'homme[120] a été levée par cette dernière dans l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009[121]. Dans cet arrêt de principe, la Cour adopte elle aussi clairement l'approche fondée sur l'identité des faits matériels (*idem* factuel) au détriment de l'identité de la qualification juridique (*idem* légal), dans le souci de mieux protéger l'auteur de l'acte en cause. Elle estime en effet que "l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne" et que l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine « des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »[122].

L'enjeu est d'autant plus important que le *ne bis in idem* qui est inscrit à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a désormais le statut de droit fondamental dans le droit de l'Union[123]. A cet égard, on soulignera que dans son arrêt *Aklagaren c. Akerberg*

---

119 J.-B. HUBIN, « Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 (affaire C-436/04 – *Van Esbroeck*) : une nouvelle perspective dans l'application du principe *non bis in idem* au trafic de stupéfiants entre pays européens », *Rev. dr. pén. crim*., 2006, pp. 823 et s.

120 S. VAN DROOGHENBROECK, "De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2005, pp. 467 et s. ; H. MOCK, "'*Ne bis in idem*'. Une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg (arrêt C-436/04 de la Cour de justice des Communautés européennes, du 9 mars 2005, *Leopold Henri Van Esbroeck*)", *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 635 et s.

121 Cour eur. D.H. (GC), 10 février 2009, arrêt *Zolotoukhine c. Russie*. Voy. J. PRADEL, "Principe *ne bis in idem*. Poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2014 et s.; J. VERVAELE, "*Ne bis in idem*: Towards a transnational constitutional principle in the EU?", *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 4, 2013, pp. 211 et s.; Fr. TULKENS, "*Non bis in idem*. Un voyage entre Strasbourg et Luxembourg", *Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin* Limal, Anthemis-Nemesis, coll. Droit & Justice, n° 110, 2014.

122 Cour eur. D.H. (GC), 10 février 2009, arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, § 82. Voy. J. PRADEL, "Principe *ne bis in idem*. Poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2014 et s. Cette jurisprudence sera confirmée par la suite dans les arrêts *Maresti c. Croatie* du 25 juin 2009, *Tomasovic c. Croatie* du 18 octobre 2011, *Khmel c. Russie* du 12 décembre 2013, *Muslija c. BosnieHerzégovine* du 14 janvier 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4 mars 2014, *Glantz c. Finlande, Häkkä c. Finlande, Nykanen c. Finlande* et *Pirttimäki c. Finlande* du 20 mai 2014.

123 D. BERNARD, « Article 50 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 1197 – 1222 ;

Fransson du 26 février 2013, la Cour de justice a été amenée à préciser la portée du *bis* cette fois. La Cour a ici souligné que "le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal"[124]. Autrement dit, la Cour pose ici que le principe ne bis in idem ne trouve à s'appliquer que si la sanction fiscale « revêt un caractère pénal, au sens de l'article 50 de la Charte ».

i) Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 : vers une communautarisation de la matière pénale

Après l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004, les différents Conseils européens s'engagent sur la voie d'un traité simplifié : ce sera le Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007[125] et entré en vigueur au 1er décembre 2009.

1. Évolutions institutionnelles

Sur le plan institutionnel, le Traité de Lisbonne introduit cinq innovations importantes :
- il supprime la division des politiques européennes en « piliers » et intègre la coopération policière et judiciaire en matière pénale dans le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.). Ce choix traduit une montée en puissance de la communautarisation dans ces matières et met progressivement fin à la logique de coopération intergouvernementale qui dominait jusque-là ;
- il remplace, dans le domaine pénal, la décision-cadre par les instruments classiques du droit communautaire (la Directive et le Règlement) ;
- la règle de la majorité remplace celle de l'unanimité : c'est la fin du droit de véto d'un Etat membre ;
- il impose, pour l'adoption de ces instruments, le principe de la co-décision par le Conseil et le Parlement européen (soit la procédure législative ordinaire déjà en vigueur dans les autres domaines) ;
- il prévoit un contrôle juridictionnel renforcé de la CJUE pour le domaine pénal[126]. Deux innovations importantes ici : la « procédure en manquement » est désormais possible devant la Cour de justice, dès lors que la Commission constate une absence de transposition ou la transposition défaillante d'une directive européenne par un État membre ; le renvoi préjudiciel d'interprétation et validité devant la Cour de justice devient possible pour les juridictions

---

D. REBUT, « Article II-110 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 629 et s. Sur l'évolution du principe ne bis in idem dans l'espace européen, cf. D. BERNARD, « Les frontières solides du principe ne bis in idem: fondements et objectifs en droit européen et international », *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal européen et international, op. cit*., pp. 389 et s.; P. OLIVER et Th. BOMBOIS, « Ne bis in idem' en droit européen: un principe à plusieurs variantes », *J.T. Dr. eur*., 2012, pp. 266 et s.

124 C.J.U.E., 26 février 2013, arrêt *Aklagaren c. Akerberg Fransson*, C-617/10.

125 Voy. J.-V. LOUIS, "Le Traité de Lisbonne", *J.T. Dr. eur.*, 2007, pp. 289 et s.

126 A. WEYEMBERGH, V. RICCI, « Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », *in Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, sous la direction de S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 227 et s.; H. LABAYLE, "Le juge de l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne", *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, *op. cit.*, pp. 591 et s.

nationales dans tous les États membres, alors qu'avant cette compétence devait être formellement acceptée par les États par une déclaration spécifiant quels tribunaux nationaux était habilités à poser des questions à la Cour[127].

2. Les principes généraux de l'UE

a) Au terme du Traité de Lisbonne, l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » n'est plus affiché comme un objectif mais présenté comme une réalité. Le Traité dispose que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène » (art. 3 §2).

Se trouvent ici réaffirmés le principe d'un espace européen unifié, contrebalancé par des mécanismes de contrôle aux frontières extérieures de l'Union (philosophie de Schengen), ainsi que la volonté de prévenir et de lutter contre la criminalité (préoccupation introduite avec le Traité d'Amsterdam).

b) Le Traité incorpore la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 à laquelle il reconnaît le même statut qu'un Traité : « L'Union reconnaît les droits, libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a même valeur que les Traités » (art. 6 §1).

c) L'Union déclare qu'elle « adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (art. 6, § 2, al.1), ce qui signifie que les droits de la Convention « font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux » (art. 6 §3). Autrement dit, comme législateur par exemple, l'Union est appelée à respecter les principes de la Convention.

D'un point de vue juridique, la procédure d'adhésion est toujours en cours. Aujourd'hui, cette adhésion apparaît incertaine après l'avis négatif rendu par la Cour de justice de l'UE (avis 2/13 du 18 décembre 2014). La Cour a soulevé l'existence de sept incompatibilités avec le droit primaire de l'Union, notamment avec l'article 6 §2 TUE, le protocole n° 8 relatif à l'article 6, §2, TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH[128].

3. L'espace pénal européen : un espace de liberté, de sécurité et de justice

La coopération policière et judiciaire pénale est désormais intégrée dans le titre V du Traité de Lisbonne, intitulé « L'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

---

127 A. WEYEMBERGH, V. RICCI, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 227 et s.

128 Les sept incompatibilités relevées ont trait au contrôle externe exercé par la CEDH ; au principe de confiance mutuelle entre les États-membres ; au contournement du renvoi préjudiciel vers la Cour de Justice de l'UE ; à l'article 344 TFUE ; au mécanisme du codéfendeur ; à la procédure d'implication préalable de la Cour de justice de l'UE et à l'asymétrie des contrôles juridictionnels exercés par les deux Cours en matière de politique étrangère et sécurité commune.

L'article 67 §1 du Traité dispose que « l'Union *constitue* un espace de liberté, de sécurité et de justice » et rappelle que cet espace doit se développer « dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

Dans ce cadre, le titre V dessine les contours de l'espace pénal européen. Il souligne que « L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales » (art. 67§3).

Dans la foulée du Traité d'Amsterdam (article K.1), l'accent est donc mis sur la prévention et la lutte contre la criminalité, le racisme et la xénophobie, mais aussi sur la coopération en matière policière et judiciaire pénale. Par ailleurs, la disposition souligne le *rôle central de la reconnaissance mutuelle* au cœur de la coopération judiciaire et fait du rapprochement des législations pénales un objectif mis au service de la reconnaissance mutuelle et de la coopération judiciaire, ce qui est précisé à l'article 82 §2[129].

En ce qui concerne le *rapprochement des législations pénales*, l'article 83 traduit une logique d'extension. Là où le Traité d'Amsterdam évoquait le rapprochement du droit pénal matériel dans trois domaines (terrorisme, trafic de drogues, criminalité organisée), l'article 83 §1, al. 2 l'envisage dans une dizaine de domaines de criminalité « particulièrement graves », tels que le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite des drogues, le trafic illicite des armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. C'est donc dans cet éventail plus large de domaines de criminalité « particulièrement graves » que le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directive (et non plus de décision-cadre), peuvent désormais « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » (procédure législative ordinaire) (art. 83 §1, al.1). Plus, même en dehors de cette liste, des règles minimales pourront être adoptées si le droit pénal s'avère indispensable pour la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union (art. 83 §1, al. 3).

L'article 85 souligne encore le rôle d'EUROJUST dans la coopération judiciaire en matière pénale, alors que l'article 86 évoque la possible création d'un parquet européen à partir d'Eurojust. Les articles 87 et suivants évoquent quant à eux la coopération policière.

Le règlement 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 a donné suite à ces dispositions, en établissant le Parquet européen dans le cadre d'une coopération renforcée (à savoir une procédure législative pour l'adoption d'un acte ne s'appliquant qu'à certains États) entre 22 États membres. Le Parquet européen dispose d'un bureau central (dont le siège est établi au Luxembourg) et d'un collège de procureurs nommés par les États membres. Ce Parquet européen doit intervenir dans la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union, mais aussi dans le domaine de la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière. Pour mener ses investigations le Parquet européen s'appuie sur les procureurs européens délégués, situés dans chaque État membre[130]. Le Parquet européen est entré en fonction le 1er juin 2021.

---

129 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, "*Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*", COM/2011/0573, p. 2.

130 P. DUBARRY, E. WACHENHEIM, « La naissance d'un Parquet européen – les enjeux de sa mise en œuvre en France », *Eucrim,* 2018, pp. 121 – 124.

j) Le droit pénal de l'UE au lendemain du Traité de Lisbonne : entre innovations et tradition

Avec le Traité de Lisbonne, l'Union européenne affronte ses nouveaux défis avec une structure institutionnelle renouvelée. La communautarisation croissante de la matière pénale ainsi que l'adoption de la règle de la majorité qualifiée en lieu et place de celle de l'unanimité doit en principe permettre à l'Union de poursuivre une politique d'intégration plus ambitieuse. Cependant, le choix d'approfondir le rapprochement entre les législations nationales ne fait pas l'unanimité parmi les États membres. Des tensions vont ainsi apparaitre au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, traduction d'un dualisme entre la perspective intégrationniste défendue par les institutions de l'Union et le désenchantement croissant des certains pays membres.

1. Le rapprochement du droit pénal matériel

C'est dans le cadre du *droit pénal matériel* que l'on observe, d'abord, une tentative d'affermir le processus d'intégration. Dès avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne des décisions-cadres avaient pu être adoptées afin d'introduire des règles minimales concernant les éléments constitutifs des infractions et les sanctions applicables à différents domaines de criminalité. On citera notamment les mesures adoptées en matière de terrorisme[131], blanchiment d'argent[132], corruption dans le domaine privé[133], cybercriminalité[134], traite des êtres humains[135], exploitation sexuelle des enfants[136] et criminalité organisée[137].

Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il était prévu que ces décisions-cadres resteraient soustraites au contrôle de la Commission européenne ainsi qu'à la juridiction de la Cour de Justice pour une période de transition de cinq ans. L'article 10 du protocole n° 36 avait en effet permis de retarder la disparition du « troisième pilier », en disposant que jusqu'au premier décembre 2014 les attributions de susdites institutions resteraient celles prévues par le titre VI du Traité sur l'Union européenne dans sa version précédente au Traité de Lisbonne.

C'est donc afin d'anticiper les effets de la communautarisation du cadre normatif en matière de liberté, sécurité et justice que le législateur de l'Union a adopté des directives visant à abroger et remplacer les décisions-cadres dans la plupart des domaines susmentionnés. On retiendra ici à titre d'exemple :

- la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil,

131 Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme.

132 Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime

133 Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé

134 Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information

135 Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains

136 Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie

137 Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée

- la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil.

La directive 2011/36/UE en matière de traite des êtres humains prévoit des règles communes minimales en vue de déterminer les infractions liées à la traite et de punir les responsables[138]. Les États membres sont appelés à prendre les mesures nécessaires pour que soient punissables les actes intentionnels suivants : le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil forcé de personnes à des fins d'exploitation. La directive requiert également la mise en place d'un « socle minimale de la peine maximale », fixée à 5 ans d'emprisonnement pour les infractions évoquées ci-dessus et au moins 10 ans en cas de circonstances aggravantes. Afin de compléter la transposition de la directive, le législateur belge a adopté la loi du 29 avril 2013 qui modifie l'article 433quinquies du code pénal en vue de clarifier et étendre la définition de la traite des êtres humains[139].

Pour sa part, la directive 2011/93/UE comprend des règles communes minimales relatives à l'incrimination d'un large éventail de comportements liés à l'abus et l'exploitation sexuelles des enfants[140]. La directive se caractérise, en outre, par une augmentation généralisée des niveaux des peines : les états membres doivent s'assurer que les peines maximales fixées par la législation nationale ne soient pas inférieures à certains niveaux (allant de 1 à 10 ans d'emprisonnement) qui varient selon la gravité de l'infraction. Il y a lieu de souligner que la directive en question a contribué à l'introduction de deux nouvelles dispositions du code pénal belge[141] : on songe aux articles 377*ter* et 377*quater* relatifs à la sollicitation (respectivement hors ligne et en ligne) à des fins sexuelles d'un mineur de moins de 16 ans[142].

Alors que ces deux directives visent surtout à assurer une « Lisbonisation » de précédentes décisions-cadres, elles réalisent également une profonde innovation dans les secteurs concernés. On remarquera d'abord une extension du champ d'application des infractions par rapport aux précédentes dispositions de troisième « pilier »[143]. Cela s'accompagne d'une augmentation générale des niveaux des peines ainsi que d'une diversification de peines applicables aux auteurs de l'infraction : on prévoit, outre l'emprisonnement, la saisie et la confiscation des instruments et des produits des infractions (article 7 de la directive en matière de traite et article 11 de la directive relative à l'exploitation sexuelle des mineurs) et des mesures d'interdiction pour prévenir la réitération des délit (article 10 de la directive relative à l'exploitation sexuelle des mineurs).

---

138 P. BEAUVAIS, "Droit pénal de fond : nouvelle directive sur la traite des êtres humains", *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, pp. 637 et s.

139 C. HUBERTS et J.-F. MINET, "La loi du 29 avril 2013 visant à modifier l'article 433quinquies du code pénal en vue de clarifier et d'étendre la définition de la traite des êtres humains : analyse et mise en perspective", *Rev. dr. pén.*, 2014, pp. 6-48.

140 P. BEAUVAIS, "Harmonisation des infractions et des peines en matière de délinquance sexuelle sur mineurs", *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, pp. 877 et s.

141 Les articles *377ter* et 377*quater* ont été insérés par la loi 10 avril 2014 relative à la protection des mineurs contre la sollicitation à des fins de perpétration d'infractions à caractère sexuel.

142 A. DELANNAY et L. KERZMANN, "Chronique de législation pénale 2014", *Rev. dr. pén.*, 2015, p. 889-948.

143 A. WEYEMBERGH, S. DE BIOLLEY, "Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors" in A. WEYEMBERGH, F. GALLI (éds.), *Approximation of substantive criminal law. The way forward*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 27.

2. Le rapprochement de la procédure pénale

Si les développements dans le cadre du droit pénal matériel semblent globalement orientés vers une plus grande sévérité, la législation de l'UE dans les années récentes montre également une forte attention pour les droits de la défense au sein du procès pénal. L'accent mis sur l'harmonisation de certaines règles de la procédure pénale – sur la base de l'article 82 §2 – s'explique d'ailleurs par la nécessité de favoriser la confiance mutuelle sous-jacente à la coopération dans l'espace judiciaire européen[144]. Ainsi, le 30 novembre 2009, le Conseil a-t-il adopté une feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales[145].

La feuille de route invitait la Commission à soumettre de propositions concernant les droits procéduraux fondamentaux auxquels l'Union accorde la priorité[146]. Il s'agit notamment du droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, du droit à l'information relatives aux droits et à l'accusation ; du droit à l'assistance juridique ; du droit de communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires ; du droit aux garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivies qui sont vulnérables147. Le droit à l'information et le droit à l'assistance juridique (même au stade le plus précoce de la procédure) constituent des garanties essentielles pour assurer le respect du modèle du procès équitable tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par les articles 47 et article 48 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[148].

Dans le sillage de la feuille de route, les directives suivantes ont pu être adoptées :

- directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ;
- directive 2016/343/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales ;

144 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, "*Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*", COM/2011/0573, p. 2.

145 Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales in *Journal Officiel* C 295, 4 décembre 2009, p. 1.

146 V. MISTILEGAS, EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe, Oxford, Hart, 2016, p. 153 et ss.

147 O. TELL, "Les directive relatives à la procédure pénale : quelle protection du droit des personnes ?", *Rev. un. eur.*, 2014, p. 364 et ss.

148 D. ZEROUKI-COTTIN, "Chronique de droit pénal de l'Union européenne, 1er janvier – 31 décembre 2012", *Rev. int. dr. pén.*, 2012, p. 519 et ss.

- directive 2016/800/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales ;
- directive 2016/1919/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a ainsi permis l'adoption d'une série d'instruments de droit dérivé portant des « règles minimales » dans le domaine des droits procéduraux. Il y a lieu de souligner que ces instruments traduisent une approche fort ambitieuse de la part du législateur de l'Union. D'abord, ils reprennent certains principes fondamentaux de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de droits dans la procédure pénale (voy., à titre d'exemple, la directive sur le droit d'accès à un avocat[149]) sans que ces droits aient été préalablement réaffirmés par la Cour de justice dans son interprétation de la Charte des droits fondamentaux. Ensuite, l'action de l'Union dans ce domaine semble aller plus loin que ce qui était prévu par le Traité, en ce que ces directives ne s'appliqueraient pas seulement à la coopération judiciaire entre les états membres mais auraient vocation à offrir une base légale pour assurer la protection des droits des personnes soupçonnées ou poursuivies dans des situations purement internes[150].

3. La lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne

L'un des secteurs ayant connu les développements majeurs à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne est celui de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Conformément à l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le Conseil a adopté le 12 octobre 2017 un Règlement concernant la création du *parquet européen* (Règlement 2017/1939/UE du Conseil du 12 octobre 2017). Or, l'idée d'établir un organisme commun, chargé des poursuites en matière d'infractions portant atteinte aux intérêts de l'Union, n'est pas nouvelle et remonte au projet universitaire – initié au début des années 90 – connu sous le nom de « *Corpus Juris* pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne »[151].

La création d'un Ministère Public européen n'a cessé de stimuler le débat dans la doctrine[152] et a fait l'objet de nombreuses prises de position de la part des institutions européennes[153]. Cependant, il a fallu attendre l'introduction d'une base juridique *ad hoc* (l'article 86 du Traité susmentionné) pour que ce projet d'un parquet européen prenne forme. Ainsi, le 17 juillet 2013, la Commission a publié sa proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet

149 La directive en question est en effet largement inspirée par l'arrêt de la Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*. Voy., pour la transposition en droit belge de cette directive, la loi 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire (ou loi *Salduz-bis*).

150 J. ALIX, "La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense", *Arch. pol. crim.*, 2015, p. 278 ss.

151 M. DELMAS-MARTY (éd.), Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Paris, Economica, 1997 ; M. DELMAS-MARTY, J. VERVAELE, La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres, Groningen, Intersentia, 2000.

152 Il convient de mentionner le projet coordonné par K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol.1 : *A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2012. Le volume 2 de cet ouvrage a été publié en 2013, étant consacré aux règles modèles régissant la procédure et le bureau du Ministère Public européen.

153 Il suffira ici de rappeler le Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen, Bruxelles, le 11 déc. 2001, COM(2001) 715 final.

européen. La proposition de la Commission n'a toutefois pas reçu au départ le soutien enthousiaste de la majorité des États membres et – à la suite de nombreuses modifications[154] – n'a pu être adoptée que grâce à la coopération renforcée de 20 États[155]. Le parquet européen est finalement entré en fonction le 1er juin 2021[156].

Le parquet européen, tel que défini par le Règlement 2017/1939/UE, est compétent pour rechercher, poursuivre et envoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Le parquet effectue tous les actes de poursuite nécessaires et exerce, devant les juridictions compétentes des États membres, l'action publique relative à ces infractions. Quant à la structure, il convient de noter que le parquet est organisé sur deux niveaux : un niveau central, constitué d'un bureau central, sis au siège du Parquet européen ; un niveau décentralisé, constitué par les procureurs européens délégués, qui sont affectés dans les États membres.

En ce qui concerne la compétence *ratione materiae* du parquet européen, le Règlement se réfère d'abord aux infractions prévues par la directive 2017/1371/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (ou « directive PIF »). Cet instrument – dont la transposition en droit national apparait indispensable pour assurer le fonctionnement correct du ministère public européen – définit les éléments constitutifs du délit de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et contient une liste d'autres infractions qui relèvent de la lutte contre les violations au budget européen (tels que la corruption active ou passive et le détournement des fonds communautaires). La compétence du parquet européen s'étend aux cas d'infraction grave contre le système commun de TVA (lorsque ces infractions ont un caractère transnational et entrainent un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 EUR)[157].

Le Parquet européen est également compétent pour les infractions relatives à la participation à une organisation criminelle telles qu'elles sont définies dans la décision-cadre 2008/841/JAI, si les activités criminelles d'une telle organisation consistent essentiellement à commettre une des infractions ciblées par la « directive PIF ». Enfin, le Parquet européen est compétent pour ouvrir des enquêtes et engager des poursuites relatives à toute infraction que le droit interne n'érigerait pas directement en infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, mais dont les éléments constitutifs apparaitraient indissociablement liés à un comportement délictueux portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Par ce renvoi à cette catégorie d'« infractions accessoires », le règlement semble élargir considérablement le champ d'action du futur Parquet. Ce dernier devrait en effet englober toutes « les infractions commises dans le

---

154 V. MITSILEGAS, "The European Public Prosecutor before the Court of Justice. The challenge of effective judicial protection", in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (éds.), *Le contrôle judiciaire du Parquet européen – Nécessité, modèles, enjeux*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 74 et ss.

155 L'article 86 du Traité précise qu'en l'absence d'unanimité, un groupe composé d'au moins neuf États membres peut demander que le Conseil européen soit saisi du projet de règlement. La procédure de coopération renforcée a été lancée par 16 États membres le 3 avril 2017. Le 28 juin 2017 20 États ont décidé de participer à la coopération renforcée et d'adopter le règlement instituant le parquet européen.

156 A ce sujet, voy. C. CHEVALLIER-GOVERS et A. WEYEMBERG, La création du Parquet européen. Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen ?, Bruxelles, Bruylant, 2021.

157 L'introduction de ces infractions dans le champ d'application de la directive était initialement contestée par nombreux états membres au sein du Conseil. Or, l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Taricco*, interpretant l'article 325 TFUE (et l'obligation pour les états à lutter contre les activités illicites portantes atteinte aux intérêts financiers de l'Union) de manière à englober les fraudes à la TVA comme étant de fraudes graves méritant des sanctions pénales ; voy. D. BERLIN, *La lutte contre la fraude : action ou politique de l'Union* in D. BERLIN, F. MARTUCCI, F. PICOD, (éds.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 37 et ss.

but principal de créer les conditions permettant de commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, d'en tirer profit ou d'en obtenir le produit »[158].

Depuis son entrée en fonction le 1er juin 2021, le parquet européen a publié un premier rapport annuel le 24 mars 2022 détaillant ses activités depuis sa date d'entrée en fonction jusqu'au 31 décembre 2021[159]. Selon ce rapport, le parquet européen a ouvert 576 enquêtes lesquelles concernent essentiellement des affaires de fraudes portant atteinte aux finances de l'Union européenne. En Belgique, 26 enquêtes ayant trait à des faits qui auraient causé un dommage de 324 millions d'euros ont été ouvertes en seulement six mois de temps[160].

k) Le droit pénal de l'UE et le Brexit

L'année 2020 est marquée au niveau de l'UE par la décision 2020/135 du Conseil du 30 janvier 2020 relative à la conclusion de l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne[161] entrée en vigueur le 1er février 2020. Désormais, le Royaume-Uni n'est plus un État membre de l'UE mais un pays tiers. Cette décision a été coulée le 31 décembre 2020 dans un Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni ainsi que l'Irlande[162]. La troisième partie de cet accord encadre la coopération des services répressifs et judiciaires en matière pénale entre le Royaume-Uni d'une part, et l'Union et les États membres d'autre part. Il prévoit des procédures similaires à celles qui préexistaient sous l'ancien régime afin d'éviter de freiner la coopération policière et judiciaire qui préexistaient entre les États membres, l'UE et le Royaume-Uni. Des mécanismes similaires sont ainsi prévus au niveau des procédure relatives à l'extradition de personnes intitulés désormais « procédure de remise »[163].

l) L'échange d'informations entre les États membres et les agences de l'Union européenne

Ces dernières années, l'arsenal législatif relatif à l'échange d'informations entre les États membres et les agences de l'Union européenne s'est particulièrement enrichi. Nous pouvons notamment citer les instruments suivants :

- directive 2014/41/UE/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale ;

---

158 Voy. le considérant 56 : "le Parquet européen devrait aussi avoir le droit d'exercer sa compétence en cas d'infractions indissociablement liées lorsque l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union n'est pas prépondérante au regard du niveau de sanction, mais que l'autre infraction indissociablement liée est réputée accessoire par nature parce qu'elle sert uniquement à commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, en particulier lorsque cette autre infraction a été commise dans le but principal de créer les conditions permettant de commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, telle qu'une infraction ayant pour seul objectif de se procurer les moyens matériels ou légaux de commettre ladite infraction, d'en tirer profit ou d'en obtenir le produit".

159 Ce rapport est disponible sur le site Internet : https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2022-03/EPPO_Annual_Report_2021.pdf

160 B. SAEN et C. LEROY, « Aperçu et premiers constats au premier anniversaire du Parquet européen », *Rev dr. pén. crim.*, 2022, pp. 631 – 644.

161 Décision (UE) 2020/135 du Conseil, du 30 janvier 2020, relative à la conclusion de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *J.O.*, *L 29,* p. 1.

162 Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, *J.O.*, *L 444,* p. 14 (ci-après Accord de coopération).

163 Art. Law. surr.76 et suivants de l'Accord de coopération.

- règlement nº 2018/1726/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA) ;
- règlement 2018/1862/UE du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2018 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale ;
- règlement 2019/816/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 portant création d'un système centralisé permettant d'identifier les États membres détenant des informations relatives aux condamnations concernant des ressortissants de pays tiers et des apatrides (ECRIS-TCN), qui vise à compléter le système européen d'information sur les casiers judiciaires et modifiant le règlement (UE) 2018/1726 ;
- règlement 2019/818/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration.

À titre illustratif, la directive 2014/41/UE/UE vise à simplifier et accélérer les enquêtes pénales transfrontalières au sein de l'Union européenne en permettant aux autorités judiciaires d'un État membre de demander que des preuves obtenues dans un autre État membre lui soient transférées.

De manière plus complexe mais tout aussi importante, le règlement 2019/818/UE vise à permettre l'interopérabilité entre les systèmes d'information de l'UE, autrement dit, entre les différentes bases de données. En effet, en dépit de l'augmentation des bases de données, les systèmes d'informations de l'UE restent cloisonnés de sorte que l'accès à l'information deviendrait plus complexe entraînant le risque « de laisser passer des informations à travers les mailles du filet et de permettre à des terroristes et des criminels d'échapper aux contrôles », par exemple, lorsqu'ils sont enregistrés sous des pseudonymes différents [164] . Dès lors, l'interopérabilité des systèmes d'information vise à contribuer de manière appréciable à l'élimination des angles morts existants en permettant aux autorités compétentes de procéder au recoupement simultané des différents systèmes d'information tout en disposant d'un accès simplifié [165].

§ 2. Le droit interne

Nous entendons par droit interne le droit fédéral, communautaire, régional, provincial et communal par opposition au droit étranger qui relève d'une étude de droit comparé.

---

164 Commission européenne, Communiqué de presse, Union de la sécurité : la Commission comble les lacunes en matière d'information afin de mieux protéger les citoyens de l'Union, Strasbourg, le 12 décembre 2017.

165 Les bases de données visées sont les systèmes d'information centralisés : le système d'information Schengen (SIS), le système Eurodac, le système d'information sur les visas (VIS), système d'entrée/de sortie (EES), le système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et le système européen d'information sur les casiers judiciaires pour les ressortissants de pays tiers (système ECRIS-TCN). Outre ces systèmes d'information, gérés de manière centrale au niveau de l'Union, le champ d'application de la présente proposition comprend également la base de données d'Interpol et Europol.

A. Le droit pénal matériel

Le droit pénal matériel (*substantive criminal law*) contient les règles de fond qui déterminent les infractions et les peines qui leur sont applicables. Il fait à son tour l'objet de certaines divisions qui se recouvrent partiellement.

1. Le droit pénal général et le droit pénal spécial[166]

a) Le *droit pénal général* concerne les principes généraux du droit pénal, soit les règles qui déterminent les « conditions générales » de l'incrimination, de la responsabilité pénale et des peines[167]. Il s'agit, par exemple, des règles relatives à la légitime défense, à la tentative, à la récidive, au concours d'infraction, à la responsabilité pénale des personnes morales, etc. Ces principes généraux sont contenus dans le Livre premier du Code pénal, *Des infractions et de la répression en général* (art. 1 à 100*ter*), incluant les lois additionnelles et modificatives[168], ainsi que dans quelques *lois complémentaires au Code pénal*[169] (par exemple la loi du 4 octobre 1967 sur les circonstances atténuantes ou la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation). L'essentiel de ce cours est consacré au droit pénal général.

b) Le *droit pénal spécial* concerne les infractions et les peines. On vise ici les différentes incriminations spécifiques (par exemple, le vol, le meurtre, etc.), avec les règles qui déterminent leurs « conditions particulières » d'incrimination (éléments constitutifs, circonstances aggravantes, etc.) ainsi que les peines qui leur sont propres. Ce catalogue des infractions et des peines est contenu, d'une part, dans le Livre Il du Code pénal (en ce compris également les lois additionnelles et modificatives) et dans des lois complémentaires au Code pénal[170], d'autre part, dans les lois particulières et règlements particuliers, ainsi que dans les décrets ou ordonnances des Communautés et des Régions.

Le Livre II du Code pénal, *Des infractions et de leur répression en particulier* (art. 101 à 566), répartit les infractions en différents titres qui correspondent aux valeurs sociales fondamentales protégées par le droit pénal : sûreté de l'État, droits garantis par la Constitution, foi publique, ordre public, sécurité publique, ordre des familles et moralité publique, les personnes et les

---

166 J.B. DENIS, La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial, Paris, L.G.D.J., 1977.

167 Voy. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *Les Novelles*, *Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol. 2, 1962.

168 Les *lois additionnelles et modificatives* sont celles qui sont incorporées au Code et qui ont abrogé, modifié, remplacé ou complété certaines de ses dispositions.

169 Les *lois complémentaires* ne font pas matériellement partie du Code pénal parce qu'elles sont postérieures à celui-ci mais elles le complètent parce qu'elles formulent des principes généraux relatifs à la répression. Ainsi, la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes; la loi du 7 juillet 1875 contenant des dispositions pénales contre les offres et les propositions de commettre des crimes ou des délits; la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation; la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude; la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse; la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine; la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental; la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (appelées à remplacer la loi de défense sociale du 1er juillet 1964). Ces lois qui sont postérieures au Code traduisent une philosophie nouvelle, plus porche de la « défense sociale » (cf. *supra*).

170 Il s'agit, en l'espèce, de certaines lois qui concernent des infractions mais qui ont été omises par le législateur de 1867. Elles sont, dès lors, censées faire partie du code. Ainsi, la loi du 20 décembre 1852 relative à la répression des offenses envers les chefs de gouvernement et la loi du 12 mars 1858 sur les crimes et délits qui portent atteinte aux relations internationales.

propriétés, etc. Les lois particulières déterminent des infractions autres que celles qui sont prévues par le Code pénal. (Loi sur les stupéfiants, lois en matière sociale, commerciale, fiscale, administrative, etc. qui contiennent des dispositions pénales). Dans ce dernier cas, il s'agit, comme le dit J.J. HAUS, des « lois d'intérêt public dont l'exécution a besoin d'être assurée par des peines »[171]. On notera qu'en se multipliant et en se diversifiant, les lois pénales particulières ont tendance à s'organiser en disciplines propres. Émerge ainsi un droit pénal militaire[172], économique[173] et financier[174], administratif[175], social[176], fiscal[177], de l'environnement et de l'urbanisme[178], etc. En réalité, au fil du temps, le droit pénal « hors code » est devenu, d'un point de vue quantitatif, la partie la plus importante du droit pénal[179]. C'est notamment à son propos que l'on évoque la question de l'inflation législative pénale et de l'éclatement du droit pénal.

2. Le droit pénal commun et le droit pénal particulier

À cette division en termes d'objet s'ajoute traditionnellement une division en termes de nature. Quand on évoque le *droit pénal commun*, on désigne le droit pénal général et le droit pénal spécial contenu dans le Code pénal ainsi que dans les lois complémentaires. Ce « droit pénal commun » est censé représenter « la partie permanente et stable du droit pénal » ou constituer le « noyau dur » du droit pénal, celui qui répond aux nécessités fondamentales de l'ordre social (Kernstrafrecht*, real crimes ou moral offenses*). Par opposition, le *droit pénal particulier* englobe les infractions et les peines contenues dans les lois et règlements particuliers qui se situent en dehors du Code pénal proprement dit. Ainsi, la loi du 24 février 1921 sur le trafic des stupéfiants prévoit des incriminations et des peines et fait partie du droit pénal particulier. Ce droit pénal particulier constituerait un droit pénal conventionnel protégeant des valeurs moins fondamentales et plus variables (Nebenstrafrecht, Droit pénal de la périphérie, quasi-crimes ou regulatory offenses)[180].

---

171 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, *op. cit*., p. 69, n° 115.

172 *R.P.D.B., v° Justice Militaire*, t. VII, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1950 ; J. GILISSEN, "Droit pénal et procédure pénale militaire", *Rev. dr. pén. crim.*, (Publication jubilaire 1907-1957), pp. 343 et s.

173 T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel du droit pénal financier*, Bruxelles, Kluwer, 2001 ; B. TAEVERNIER et *al*., *Les délits financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

174 T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel du droit pénal financier*, *op. cit.* ; B. TAEVERNIER et *al*., *Les délits financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

175 K. VAN HEDDEGHEM, B. DE RUYVER, T. VANDER BEKEN et G. VERMEULEN, Gewapend bestuursrecht gescreend. Juridische consequenties van het gewapend bestuursrecht als instrument in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit, Anvers, Maklu, 2002 ; R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (éds.), Les sanctions administratives, Bruxelles, Bruylant, 2007.

176 M. BARANYAI, et. al., *Dossiers Sociaal Strafrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2005; Ch.-E. CLESSE et G.-F. RANERI, *La doctrine juridictionnelle du droit pénal social*, Bruxelles, Larcier, 2010.

177 P.E. TROUSSE, "Les sanctions pénales du droit fiscal", *Rev. dr. pén. crim.*, 1962-1963, pp. 279 et s.; L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2002.

178 B. JADOT, "Les régions belges et la répression des infractions spécialement dans le domaine de l'environnement", *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, pp. 1075 et s. D. DE WOLF, "Constitutieve bestanddelen van de stedenbouwmisdrijven in het Vlaams gewest: een eindelose bron van betwistingen?", in A. DE NAUW (éd.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 109 et s.

179 A cet égard, voy. GUILLAIN Ch., NEDERLANDT O., DERESTIAT P., VANSILIETTE F., CARTUYVELS Y., *Chronique de droit pénal 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux, 2017.

180 *Ibid.*, n° 71.

Cette distinction, qui se trouve déjà présente chez J.J. HAUS[181], renvoie également à celle que les positivistes italiens établissaient déjà entre les délits « naturels » et les délits « artificiels »[182]. L'évolution du droit pénal contemporain ne justifie plus une telle conception. Elle a été expressément remise en question dans l'*Avant-projet de Code pénal* de 1985. Le Commissaire royal R. LEGROS proposait, en effet, de regrouper dans le Livre II du Code pénal, à côté des infractions « classiques », les infractions actuellement dispersées dans différentes lois particulières afin de leur restituer leur caractère de comportement contraire à la morale sociale[183]. Aujourd'hui, le phénomène constant d'inflation pénale, qui se traduit surtout par la prolifération du droit pénal particulier, rend cet idéal d'intégration très aléatoire.

3. L'article 100 du Code pénal

L'article 100 du Code pénal est un article charnière qui détermine dans quelle mesure les principes généraux du droit pénal (les articles 1 à 99 du Code pénal) sont applicables aux infractions et aux peines *contenues dans les lois et règlements particuliers*. Nous distinguerons ici trois situations :

a) l'application des principes généraux du livre I aux infractions et aux peines prévues par le livre II du Code pénal

Cette situation n'est pas prévue par l'article 100 du Code pénal, dans la mesure où la solution semble aller de soi. Dès lors que le Code pénal a été construit en 1867 comme un tout cohérent, il paraissait évident que les principes généraux du Livre I s'appliquent aux infractions et aux peines contenues dans le livre II. L'application de ces principes généraux a donc d'entrée de jeu été pensée *a priori* comme impérative et ce principe est toujours en vigueur.

Toutefois, certaines exceptions ont été introduites par la suite. Aussi, trouve-t-on, au livre II du Code pénal, certaines incriminations pourvues de principes de répression qui dérogent aux principes généraux prévus par le livre I du Code pénal. Un exemple : *en matière de crimes de droit humanitaire*, l'art. 136*septies* CP prévoit un régime spécifique en matière de tentative, de participation criminelle ou de provocation, qui déroge aux principes généraux fixés par les articles du livre I consacrés à ces mêmes questions.

b) l'application des principes généraux du livre I CP aux infractions et aux peines contenues dans des lois et règlements particuliers.

C'est bien cette situation - et celle-là uniquement - qui est réglée par l'article 100 CP, lequel dispose que :

---

181 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit*., p. 53, n° 91 et pp. 69-71, n^{os} 115 et 116. "Un Code qui réunirait toutes ces dispositions pénales, non seulement prendrait un développement immense, mais ne formerait jamais une œuvre complète et stable, puisqu'il serait sujet à des changements continuels" (p. 70, n° 115).

182 R. GAROFALO, La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, *op. cit*., p. 1.

183 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, pp. 81-82. Voy. A. DE NAUW, "Bedenkingen over de hiërarchie van de waarden in het bijzonder strafrecht", *R.W.*, 1978-1979, col. 628 et s.

« *À défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers*, les dispositions du premier livre du présent code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements à l'exception du chapitre VII et de l'article 85 ».

La règle est la suivante :

* Les articles 1 à 99 CP (principes généraux du livre I) s'appliquent *a priori* aux infractions et aux peines contenues dans les lois et règlements particuliers, à l'exception du chapitre VII (participation criminelle) et de l'article 85 (réduction des peines correctionnelles en vertu de circonstances atténuantes).

* Toutefois (« *À défaut de dispositions contraires…* »), le législateur particulier peut décider de déroger à cette double règle : a) il peut décider de déroger aux principes du livre Ier CP (prévoir, par exemple, un autre régime en matière de récidive, de causes d'excuses, de concours d'infractions...) comme il peut b) déroger aux deux exceptions prévues par l'article 100 (et décider de rendre applicable le ch. VII et/ou l'article 85 CP).

On notera ici que nombre de lois pénales particulières, faisant usage de l'article 100 CP, rendent le chapitre VII et l'article 85 applicables, rétablissant en quelques sorte l'uniformité à laquelle l'article 100 fait partiellement obstacle[184]. Ainsi, l'article 6, al.1er de la loi du 24 février 1921 sur les stupéfiants dispose que « Les dispositions du Livre Ier du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables aux infractions prévues par celle-ci ».

c) l'application des principes généraux du livre I du Code Pénal aux infractions et aux peines contenues dans les décrets et les ordonnances des Régions et des Communautés.

À cet égard, le principe a connu une évolution considérable que l'on peut synthétiser autour de trois étapes :

1. En 1980, l'art. 11 de la loi spéciale des réformes institutionnelles du 8 août 1980 ouvre une brèche dans le caractère étatique du droit pénal. L'article 11 octroie une compétence pénale aux Communautés et aux Régions en les autorisant à établir, dans les limites de leur compétence, des infractions et des peines. Se pose alors la question de l'application des principes généraux du livre I aux infractions et aux peines prévues par le législateur décrétal, question que l'article 11 de la loi du 8 août 1980 ne règle pas.

2. Dans deux arrêts du 23/12/1990 et du 17/01/1990, la Cour d'arbitrage décide que le livre I s'applique *totalement et sans exceptions* (le chap. VII et l'article 85 y compris donc) au droit pénal régional et communautaire. Le motif avancé pour justifier ce régime est de sauvegarder

184 On citera ainsi, à titre d'exemple, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (art. 6), ou encore la loi du 14 août 1986 organisant la protection et le bien-être des animaux (art. 38). *A contrario*, ces dispositions ne sont évidemment pas applicables aux infractions pour lesquelles un tel rétablissement n'a pas été prévu. C'est ce qu'a rappelé la Cour d'arbitrage à propos de l'applicabilité de l'article 85 du Code pénal à l'infraction prévue par l'article 220 de la loi générale sur les douanes et accises coordonnée par l'A.R. du 18 juillet 1977: "Le fait que le juge ne puisse pas adoucir la peine au-dessous des limites fixées provient de ce qu'en l'absence d'une disposition expresse dans la loi pénale particulière, les dispositions du Code pénal relatives aux circonstances atténuantes ne peuvent être appliquées (art. 100 du Code pénal)" (C.A., n° 16/2001, 14 février 2001).

l'uniformité du droit pénal général et d'éviter la création de droits pénaux différents sur le plan des principes fondamentaux de la répression au niveau national, régional et communautaire.

3. En 1992, les accords de la Saint-Michel qui traduisent les avancées d'un fédéralisme de dissociation font un choix exactement inverse : les accords proposent d'autoriser le législateur décrétal (régional ou communautaire) à *déroger librement* aux dispositions du livre Ier du Code pénal. Ce choix sera entériné, avec un bémol, un an plus tard, par le nouvel article 11 de la Loi spéciale des réformes institutionnelles tel que modifié par loi spéciale des réformes institutionnelles du 16 juillet 1993. Cet article 11 nouveau énonce trois principes, qui sont d'application aujourd'hui :

- dans les limites de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines correspondantes (art.11, al.1).
- les dispositions du livre Ier s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières (art.11, al.1). Autrement dit, le législateur décrétal peut librement déroger aux principes généraux du Livre Ier C.P.
- l'avis conforme du Conseil des ministres est requis pour toute délibération au sein du gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre Ier du Code pénal (art.11, al. 2). Il s'agit du bémol : dès lors que le législateur décrétal souhaite établir une peine non reprise parmi les peines envisagées au livre Ier CP, il lui faut l'avis conforme du Conseil des ministres au niveau fédéral. Le terme « pénalisation » qui ne renvoie pas a une catégorie juridique précise fera sans nul doute l'objet d'interprétation[185].

L'évolution suggère ici un double commentaire :

- d'une part, le législateur décrétal est clairement devenu un législateur particulier à part entière, seul législateur compétent pour édicter des incriminations et des peines dans les matières qui lui sont transférées ;
- d'autre part, cette évolution va dans le sens d'un démembrement du droit pénal fédéral, symptomatique d'une érosion du pouvoir de l'Etat central quand on connaît l'importance du droit pénal comme symbole de l'autorité étatique. Ceci peut aussi soulever des conflits de compétence, lesquels sont arbitrés par la Cour Constitutionnelle, qui se prononce sur la violation des règles constitutionnelles qui organisent la répartition des compétences (y compris en matière pénale) entre l'Etat, les Régions et les Communautés.

B. Le droit pénal formel

Le droit pénal formel (*adjective criminal law*) concerne l'ensemble des règles relatives à l'organisation judiciaire, à la compétence des cours et tribunaux et à la procédure (la poursuite, l'instruction, le jugement, les voies de recours) qui assurent la mise en œuvre des règles du droit pénal186.

Ce droit de la procédure pénale est contenu, notamment, dans le Code d'instruction criminelle de 1808, profondément modifié par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la

185 Voy. l'analyse par N. DE SADELEER, "Les transferts de compétence aux entités fédérées: l'environnement, l'agriculture et le pénal", *A.P.*, 1995, p. 192.

186 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*

procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction187 et dans la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale, ainsi que dans diverses lois particulières.

Section 4. Les sources du droit pénal

Nous nous limitons ici à la question des sources spécifiques du droit pénal[188] qui, dans la tradition du droit continental européen, est classiquement associé à la loi, conçue comme seule source et fondement du droit pénal[189]. En ce sens, l'héritage de la pensée classique amène à considérer que « le droit pénal est légaliste »[190].

Le corolaire immédiat de ce rôle cardinal joué par la loi en droit pénal est la place prise par le principe de légalité. Nous rappellerons, tout d'abord, le sens et la portée de ce principe ainsi que les tempéraments dont il fait l'objet. Nous examinerons, ensuite, l'état actuel des sources du droit pénal, qui souligne le glissement d'une « légalité stricte » vers une « légalité élargie », tant sur le plan formel que substantiel.

§ 1. Le principe de légalité

En droit interne, le principe de la légalité en matière pénale est consacré par la Constitution.

L'article 12 dispose en effet que : « Nul ne peut être poursuivi que dans les *cas prévus par la loi* et dans les formes qu'elle prescrit ».

Le principe de légalité doit être entendu au sens large et porte non seulement sur le droit pénal *matériel*, à savoir la définition des infractions et les peines y applicables, mais également sur le droit pénal *formel*, à savoir les règles régissant la procédure pénale[191]. Si les infractions ne peuvent exister qu'à travers un texte légal, la recherche, la poursuite et le jugement des auteurs de celles-ci ne peuvent avoir lieu que dans les cas et les formes prévus par la loi.

Quant à l'article 14, il apporte toutefois un tempérament en disposant que : « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée *qu'en vertu de la loi* »[192]. Cette disposition, dont la doctrine reconnaît qu'elle s'applique aussi bien aux incriminations qu'aux peines[193], adopte une

---

187 D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme 'Franchimont'. Commentaires de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, pp. 417 et s. ; I. WATTIER, « La réforme de la phase préparatoire du procès pénal », *R.R.D.*, 1998, pp. 29 et s.

188 À cet égard, *cf.* notamment Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I., *op. cit.*, pp. 139 et. s.

189 C. HAMSON, « La notion de légalité dans les pays occidentaux », *Rev. int. dr. comp.*, 1958, pp. 5 et s.

190 Fr. KUTY, Principes généraux du droit pénal belge, t. I, 2e éd., *op. cit*., pp. 66 et s.

191 G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, 11e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1980, p. 8 ; M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 100 ; Fr. KUTY, « Les 175 ans de la Cour de cassation », *J.T.*, 2007, p. 662 ; Fr. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge*, La loi pénale, t. 1, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 73 à 75.

192 Sur l'interprétation des termes « en vertu de la loi », voy. l'analyse de M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, pp. 183 et s.

193 L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Louvain-Amersfoort, Acco, 1990, p. 102, n° 95.

conception plus large du terme « loi » et permet de fonder certaines délégations, ce qui élargit sensiblement les sources « légales » du droit[194].

Nous allons tenter ici de dégager les contours du principe de légalité pénale en distinguant la la légalité au plan formel, soit les sources du droit pénal, de la légalité au plan substantiel, soit le contenu et la portée du droit pénal qui doit rencontrer l'exigence de sécurité juridique.

A. Le principe de légalité au sens formel

1. La nature du principe de légalité au sens formel

Au sens formel, le principe de légalité en matière pénale signifie que seul le pouvoir législatif peut édicter des règles de droit pénal, en créant des incriminations et en établissant des peines, et des règles de procédure pénale à savoir, les règles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes judiciaires en matière répressive ainsi que les règles relatives au déroulement des différentes phases du procès[195]. La formule *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*[196] traduit cette philosophie légaliste. Il en résulte que le droit pénal est, en principe, un droit écrit[197]. Inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ce principe n'est pas inhérent à la nature même du droit pénal[198]; il est de nature politique, en ce sens qu'il marque la limitation du pouvoir de l'État[199]. À l'époque des Lumières, on considère que seule l'intervention du pouvoir législatif, à l'exclusion en principe du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, garantit la liberté individuelle.

2. La portée du principe de légalité au sens formel

Tant la Cour de cassation que la Cour constitutionnelle ont été amenées à préciser la portée du principe et les contours de la délégation admissible sans porter atteinte au principe de légalité.

---

194 C'est ainsi que notre régime constitutionnel autorise le Roi, les ministres, les Communautés, les Régions, les provinces, les communes à édicter des normes sanctionnées pénalement (G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, 4e éd. revue et mise à jour par A. VANDEPLAS, t. 1er, Bruxelles, Swinnen, 1980, p. 73).

195 Voy. Anvers, 26 mars 1993, *T.M.R.*, 1993, p. 239 : une loi est indispensable pour l'incrimination et la répression d'un comportement; dès lors, la référence aux *Treshold limit values* qui sont des normes modifiées annuellement par l'*American Conference of Governmental and Industrial Hygienists* ne suffit pas à cet effet.

196 Introduite par P.J.A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 20.

197 Sous réserve des principes généraux consacrés par la jurisprudence, tels que « nul n'est censé ignorer la loi » ou « *non bis in idem* » (Cass., 5 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 782). Notons également, dans certains cas, la référence qui est faite à la coutume ou à l'usage pour déterminer les conditions d'existence de l'infraction. Elle l'est parfois implicitement comme par exemple en matière de débauche (Bruxelles, 25 octobre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 330 : « l'appréciation de la notion de 'débauche' par le juge pénal se fait en fonction du lieu et de l'époque ; elle est tributaire de l'évolution des sentiments raisonnables du citoyen moyen ») ou de bonnes mœurs (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981).

198 Ainsi, ce principe n'est pas formellement reconnu dans le droit de la *Common Law* où le précédent judiciaire est source de droit (*judge made law*). Voy. J. HALL, *General Principles of criminal Law*, Indianapolis, Bobb Merrils, 1965, pp. 27 et s.; A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 5 et s.; 60 et s.

199 voy. S. GLASER, « Le principe de la légalité en matière pénale notamment en droit codifié et en droit coutumier », *Rev. dr. pén. crim.*, 1965-1966, pp. 899 et s.

Dans un arrêt du 20 octobre 2004, rendu à propos de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 sur les drogues, la Cour d'arbitrage souligne d'abord la portée politique du principe de légalité :

« En attribuant au pouvoir législatif la compétence, d'une part, de déterminer dans quels cas et dans quelle forme des poursuites sont possibles, d'autre part, d'adopter la loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée, les articles 12 al. 2 et 14 de la Constitution garantissent à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée *qu'en vertu d'une assemblée délibérante, démocratiquement élue* »[200].

La Cour fait ici sienne l'argument rousseauiste de la légitimité politique de la loi : celle-ci est légitime en tant qu'elle émane d'une assemblée représentant le corps social.

La Cour de cassation a, quant à elle, considéré que :

« Le principe de légalité en matière répressive est un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution et par les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »[201].

Afin de respecter la séparation des pouvoirs, il est dès lors en principe exclu que les pouvoirs exécutif et judiciaire interviennent dans l'élaboration des normes pénales. Le monopole législatif en matière de *création* de la loi pénale doit cependant être nuancé à la lumière de plusieurs éléments. Le premier est de facture classique : il s'agit de la compétence exécutive accordée au Roi (a). Le deuxième est plus complexe et nécessite davantage de développements : il s'agit des directives de politique criminelle et des circulaires du Collège des procureurs généraux (b). Nous verrons ensuite comment le principe de légalité est encadré par des instruments internationaux.

a) La compétence exécutive accordée au Roi

Les matières pénales réservées au législateur ne sont pas exclusives de toute intervention du Roi, sur la base de l'article 108 de la Constitution qui attribue au Roi le pouvoir d'exécution des lois[202]. Le Roi ne peut cependant agir qu'à la demande expresse du législateur et la loi doit fixer les principes essentiels dans lesquels doit s'inscrire l'intervention du Roi[203]. L'on constate cependant, depuis longtemps, que le législateur se borne souvent « à poser les principes d'une

200 C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, § B.5.3. Comme le relevait Michel Leroy ,« quand le Constituant de 1831 s'est fié à la loi, c'est souvent dans le but d'écarter le pouvoir exécutif - et la méfiance à l'égard de celui-ci était telle qu'il l'a fait souvent - ; sa préoccupation première était de réserver le pouvoir à une institution dont les principales composantes soient élues », M. LEROY, « L'avenir des matières réservées », *Rev. dr. U.L.B.,* 1999, p. 16. Voy., aussi, C.A. 11 mai 2005, n° 92/2005, § B.3.2.

201 Cass, 21 octobre 2014, P.14.0367.N. (disponible sur www.jurportal.be).

202 Article 108 Const. : « Le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ».

203 M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 93 et p. 103 : « la volonté du Constituant est de limiter - mais sans la supprimer totalement - la latitude dont jouit le Roi dans le cadre d'un tel pouvoir (…) En clair : le Roi peut prolonger la volonté du législateur, mais non y substituer sa propre volonté ».

réglementation et à s'en remettre quant au surplus au Roi pour préciser les modalités d'application de ces principes, leur mise en œuvre, leur organisation »[204].

Par ailleurs, l'article 105 de la Constitution[205] autorise le législateur à déléguer, par le bais d'une loi dite de pouvoirs spéciaux ou d'habilitation, son pouvoir législatif au pouvoir exécutif, en l'autorisant à réglementer certaines matières particulières. Dans ce cas, le Parlement se limite à esquisser un cadre légal tout en octroyant au gouvernement la compétence de prendre des mesures réglementaires nécessaires. L'habilitation accordée au Roi est ici plus large que le pouvoir d'exécution des lois qu'il détient de l'article 108 de la Constitution. En effet, cette habilitation confère au pouvoir exécutif le pouvoir de prendre des dispositions par voie d'arrêtés dans des matières normalement réservées au pouvoir législatif, à condition que cette habilitation soit circonscrite « aux matières qui ressortissent à la compétence résiduaire du législateur »[206]. Ainsi, la loi du 24 février 1921 sur les drogues est une loi d'habilitation qui octroie au gouvernement de larges pouvoirs de réglementation. Le Roi peut ainsi déterminer les comportements et les substances incriminés qui se voient appliquer les peines fixées par la loi.

La Cour d'arbitrage a considéré qu'une délégation de pouvoirs accordée à l'exécutif n'est pas nécessairement contraire à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution dans la mesure où :

« La Constitution ne va toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite. *Une délégation conférée au Roi n'est dès lors pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur* »[207].

La Cour a ainsi jugé que la loi du 24 février 1921 sur les drogues ne viole pas l'article 12, alinéa 2, de la Constitution dans la mesure où les composantes essentielles de l'incrimination sont fixées par la loi. En effet, « sont précisés dans la loi l'objectif qu'elle poursuit, les comportements et la nature des substances qu'elle vise ainsi que les peines applicables »[208].

L'habilitation octroyée au pouvoir exécutif doit dès lors être clairement définie dans la loi. Dans son arrêt précité du 20 octobre 2004, la Cour d'arbitrage a annulé, pour violation de l'article 12 de la Constitution, l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 de la loi sur les drogues permettant de ne pas exercer de poursuites à l'encontre d'un majeur qui détient du cannabis à des fins d'usage personnel :

« Lorsque la loi dispose que la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel, malgré son caractère punissable, n'est, sous certaines conditions, pas dénoncée au parquet, mais uniquement enregistrée par la police, il s'impose que cette quantité soit clairement déterminée.

---

204 J. FALYS, Introduction aux sources et principes du droit, Louvain, 1969, p. 52.

205 « Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ».

206 M. VERDUSSEN, Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, op. cit., p. 113.

207 C.A., 18 novembre 1998, arrêt n° 114/98, pt. B.3. ; C.A., 30 janvier 1999, *Rev. dr. pén. crim*., 1999, p. 808 ; voy. également Cass., 14 novembre 2012, P.11.1611.F. (disponible sur juportal.be) qui a affirmé que « le principe de légalité en matière pénale ne s'étend pas jusqu'à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination » et précisé que « lorsque la loi édicte une obligation de surveillance, de prévoyance ou de précaution et qu'elle en incrimine pénalement l'inexécution, il n'est pas nécessaire, pour que la norme satisfasse au principe de légalité, qu'elle détaille les mesures en l'absence desquelles l'obligation sera réputée méconnue ».

208 *Ibid*., B.5.

(…). *Bien qu'il soit admissible en soi que le soin de déterminer cette quantité soit laissé au pouvoir exécutif, la mission que le législateur lui confie à cette fin doit imposer de façon univoque de déterminer une quantité clairement définie* »[209].

Si la théorie semble couler de source, les limites d'une délégation restant conforme au principe de légalité ne sont pas toujours aisées à tracer en pratique et la Cour Constitutionnelle s'est parfois montrée d'une souplesse surprenante à cet égard. Dans un arrêt du 2 février 2005, la Cour a été amenée à examiner l'article 6 de la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière. Cet article 6 modifie l'article 29 des lois relatives à la circulation routière, lequel prévoit trois catégories d'infractions graves assorties de peines spécifiques, mais délègue au Roi le soin de désigner, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les infractions qui entrent dans chacune des trois catégories d'infractions visées par l'article 29.

Cette délégation au Roi est-elle conforme ou porte-t-elle atteinte au principe de légalité ? Après avoir rappelé les limites de la délégation, la Cour laisse d'abord entendre que celle-ci ne respecte pas ici le principe de légalité, au motif que l'article 6 de la loi « s'abstient de fixer les critères qui doivent permettre au Roi d'opérer la distinction qu'il est habilité à faire, de telle sorte qu'elle lui délègue une compétence sans indiquer les éléments essentiels sur la base desquels elle doit s'exercer ». Malgré cela, la Cour admet néanmoins la délégation, au motif que « la mission confiée au Roi concerne non pas la création de nouvelles incriminations mais le classement de celles qui existent déjà » et que « l'objectif retenu par le législateur » (réduire le nombre de tués sur les routes), « la technicité de la matière, la multiplicité des infractions et la nécessité de pouvoir les adapter à l'évolution du trafic routier » peuvent justifier le recours à des dispositions réglementaires en raison de leur souplesse. La Cour précisera néanmoins que « de tels éléments ne pourraient toutefois justifier que la classification des infractions en matière de circulation routière échappe à l'avenir au débat parlementaire »[210].

À l'instar de plusieurs auteurs, on peut se poser la question de la pertinence de la technique d'habilitation, jugée souvent excessive[211]. Des habilitations générales (sans, par exemple, que le législateur ne fixe le minimum ou le maximum des peines) traduisent, à notre sens, une interprétation abusive de la Constitution. Plus radicalement, la pratique même de ces habilitations qui multiplie les interventions du pouvoir exécutif dans des matières réservées au pouvoir législatif affaiblit singulièrement le principe de la légalité et, partant, l'état de nos libertés. On considère toutefois que l'habilitation doit être limitée dans le temps, dans la mesure où elle « ne peut, en tout cas, avoir pour effet de priver, pendant un temps trop long, les

---

209 C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, § B.6.3.

210 C.A., 2 février 2005, n° 27/2005 Sur cet arrêt, *cf*. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 378-379. Voy., dans le même sens, et à propos de la même loi, Cass., 8 mars 2006, P.051556.F. (disponible sur juportal.be) qui a admis que le principe de légalité avait en l'occurrence été respecté, « même si le législateur s'est limité à définir les peines par catégories d'infractions et a délégué au Roi la compétence de déterminer ... les qualifications répondant à ces différentes catégories ». On notera également que, par la suite, le législateur a néanmoins adopté la loi du 21 décembre 2006 relative à la confirmation de l'arrêté royal du 30 septembre 2005 désignant les infractions par degré aux règlements généraux, pris en exécution de la loi relative à la police de la circulation routière.

211 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 41 : « nos libertés publiques ne sont-elles pas menacées si, par le simple fait de lois de pouvoirs spéciaux 'dont on connaît l'imprécision des finalités qu'elles assignent au Roi' ainsi habilitée, le pouvoir exécutif peut édicter des normes pénales, notamment d'incrimination ? Une telle pratique respecte-t-elle encore le prescrit de l'article 12, alinéa 2 nouveau de la Constitution et l'esprit qui a présidé à sa rédaction ? » et les sources citées par ces auteurs.

Chambres législatives des compétences qui leur sont directement attribuées par la Constitution »[212].

b) Les directives de politique criminelle et les circulaires du Collège des procureurs généraux[213]

L'article 151, § 1er, de la Constitution énonce que : « le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite »214. Conformément à l'article 143*quater* du Code judiciaire, le ministre de la Justice arrête les directives de politique criminelle, après avoir pris l'avis du Collège des procureurs généraux[215], tandis qu'aux termes de l'article 143*bis* du Code judiciaire, le Collège des procureurs généraux est chargé de mettre en œuvre et de coordonner la politique criminelle telle qu'arrêtée par le ministre de la Justice[216], à travers l'élaboration de circulaires.

Si, dans la pratique, la directive de politique criminelle est un instrument peu utilisé, l'usage des circulaires du Collège des procureurs généraux s'est largement répandu ces dernières années. Il existe en effet des centaines de circulaires, portant sur le fonctionnement général de la justice, qui émanent du Collège des procureurs généraux[217]. Ces circulaires peuvent préciser la portée d'une nouvelle loi ou d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, viser à établir un traitement uniforme des infractions, attirer l'attention sur la publication d'une loi, expliciter une nouvelle procédure, notifier un problème d'application de la loi pénale dans le temps, établir une méthodologie, un vade-mecum… En somme, c'est le Collège des procureurs généraux qui édicte la politique de recherche et de poursuites, indépendamment de toute politique criminelle élaborée par le ministre de la Justice et sans débat parlementaire si ce n'est a posteriori, dans le cadre de questions parlementaires. Il est d'ailleurs symptomatique de lire, sur le site du

---

212 Avis du Conseil d'État sur le projet de loi visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, *Doc. parl.*, Ch., 1995-1996, n° 608/1, p. 19 ; C.A., 18 février 1998, *Tijdschrift voor Wetgeving*, 1998/1, p. 10, note P. POPELIER, « Bijzondere machten en het Arbitragehof. Over het legaliteitsbeginsel en de werking van normen in de tijd »).

213 Cette partie est empruntée à Ch. GUILLAIN, M. ALIE, « La légalité en procédure pénale : mutations contemporianes d'une exigence constitutionnelle », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOULMI, B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 101-139.

214 Deux alinéas ont été ajoutés à l'article 151 de la Constitution le 6 janvier 2014, dans le cadre de la sixième réforme de l'Etat, pour préciser que les Communautés et Régions disposent du droit, dans les matières qui relèvent de leurs compétences, d'ordonner des poursuites et de participer à l'élaboration de la politique criminelle (al. 2 et 3).

215 Le Collège des procureurs généraux est composé des cinq procureurs généraux près les cours d'appel et est placé sous l'autorité du ministre de la Justice (art. 143*bis* C. jud.).

216 Sur la base de l'article 11 de la loi spéciale de réformes constitutionnelles du 8 août 1980, un accord de coopération a été conclu, le 7 janvier 2014, entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions relatif à la politique criminelle et à la politique de sécurité, visant à « améliorer la cohésion de la politique criminelle et de la politique de sécurité, en impliquant plus étroitement les entités fédérées, pour ce qui concerne les matières qui relèvent de leurs compétences, dans ces politiques » (art. 1er).

217 235 circulaires ou directives du collège des procureurs généraux ont été recensées sur le site du ministère public pour les années 2004 à 2018 (http://www.om-mp.be/fr/node/57), mais certaines ne sont pas reprises ou sont classées confidentielles.

ministère public, que le « Collège a poursuivi très activement son travail essentiel d'élaboration de la politique criminelle »[218].

Dans la mesure où les directives de politique criminelle et circulaires du Collège des procureurs généraux exercent une influence indéniable sur l'activité pénale, elles posent question eu égard au principe de légalité, agissant tantôt comme béquille du droit pénal ou de la procédure pénale quand elles viennent pallier les errances du législateur, tantôt comme moteur de l'action publique quand elles dessinent les contours des incriminations et des peines ainsi que ses modalités de poursuites.

Nous pouvons, à cet égard, reprendre l'exemple du contentieux des drogues, à travers l'arrêt précité du 20 octobre 2004 où la Cour d'arbitrage a annulé, pour violation de l'article 12 de la Constitution, l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 de la loi sur les drogues pour violation du principe de légalité. Délaissant la voie de la modification légale, les autorités politiques adopteront une directive de politique criminelle, en date du 25 janvier 2005, qui déroge aux règles de procédure pénale en invitant les forces de police, en cas de constatation d'une détention de cannabis, à rédiger un procès-verbal simplifié (en lieu et place d'un procès-verbal ordinaire) et à ne pas saisir les substances prohibées[219]. Quelques années plus tard, les sanctions en matière de détention de cannabis pour usage personnel seront revues à la hausse par l'entremise d'un arrêté royal du 6 septembre 2017 réglementant les substances stupéfiantes, psychotropes et soporifiques[220]. Dans la foulée de cet arrêté royal, une circulaire est adoptée en date du 18 juin 2018[221] pour opérer une distinction, dans la politique des poursuites, selon que les faits de détention de cannabis sont commis sur la voie publique ou en un lieu accessible au public, de manière ostentatoire ou non. La circulaire déroge à nouveau aux règles de droit pénal et de procédure pénale en stipulant que la détention de cannabis pour l'usage personnel, opérée « sans ostentation » sur la voie publique ou en un lieu accessible au public, doit donner lieu à la rédaction, par les services de police, d'un procès-verbal simplifié. Dans ce cas, l'infraction sera considérée comme « relevant du degré de priorité le plus bas de la politique des poursuites ». Lorsque les faits sont commis « de manière ostentatoire » sur la voie publique ou en tout lieu accessible au public, un procès-verbal ordinaire est dressé et les faits peuvent faire l'objet de mesures de la part du parquet, telles qu'une probation prétorienne, une transaction pénale ou une procédure de « médiation et mesures » (anciennement médiation pénale).

Les directives de politique criminelle et les circulaires du Collège des procureurs généraux sont ainsi élevées au rang de palliatif législatif et leur force normative considérée comme équivalente à celle de la loi qu'elle sont censées corriger[222].

---

218 Rapport annuel 2016 du ministère public, préambule, disponible à l'adresse suivante : http://www.om-mp.be/sites/default/files/u1/rapportannuel_2016_fr.pdf.

219 Directive relative à la constatation, l'enregistrement et la poursuite des infractions en matière de détention de cannabis, adoptée, le 25 janvier 2005, par la ministre de la Justice et le Collège des procureurs généraux, *M.B.*, 31 janvier 2005.

220 *M.B.*, 26 septembre 2017.

221 Circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux relative à la constatation, l'enregistrement et la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites, n° 15/2015, 18 juin 2018. La circulaire n'a pas été publié au *Moniteur belge* et n'est pas accessible sur le site du Collège du ministère public, mais elle est consultable sur le site de l'ASBL FEDITO : https://feditobxl.be/fr/2018/06/mise-a-jour-col-15-2015/.

222 Pour plus de précisions, voy. Ch. GUILLAIN, « Les directives de politique criminelle comme source du droit », *in* Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GERARD, I. HACHEZ, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles, Université Saint-Louis, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012, pp. 362 et suiv.

D'autres exemples peuvent être cités. Ainsi, à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 février 2013[223] à propos de la loi dite « Salduz » du 13 août 2011[224], le Collège des procureurs généraux adopte une circulaire relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat lors d'une audition pénale[225]. Dans son rapport annuel, le ministère public précise, à propos de cette circulaire, que le « Collège a choisi de ne pas attendre l'intervention du législateur et de revoir immédiatement l'ensemble des directives à la lumière des annulations et des interprétations »[226].

Nous pouvons encore mentionner les circulaires des 17 février 2016 et 18 janvier 2018, adoptées dans le cadre de la loi du 5 février 2016, dite « pot-pourri II », ayant autorisé la correctionnalisation de tous les crimes. Si la modification législative n'a pas pour vocation une correctionnalisation généralisée[227], la circulaire du 17 février 2016 du Collège des procureurs généraux affiche la volonté du parquet de correctionnaliser tous les crimes, mêmes les plus graves[228]. La circulaire prescrit en effet au ministère public de correctionnaliser tous les crimes, à l'exception de ceux pour lesquels il entend requérir la peine de la réclusion à perpétuité, en raison de l'absence de circonstances atténuantes[229]. L'annulation partielle de loi du 5 février 2016 par la Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 21 décembre 2017[230], acculera le Collège des procureurs généraux à édicter une nouvelle circulaire, en date du 18 janvier 2018, intitulée « Directive Flash ». Interprétant l'arrêt de la Cour constitutionnelle, le Collège estime que toutes les décisions renvoyant les crimes devant le tribunal correctionnel, en application des dispositions légales annulées, gardent leurs effets « tant en ce qui concerne la saisine du tribunal correctionnel qu'au niveau de la peine applicable » tout en précisant que « tout jugement ou arrêt adoptant un point de vue différent fera l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation »[231].

Enfin, la gestion de la crise liée à la pandémie Covid-19, est également révélatrice de cette tendance[232]. À l'initiative du Collège des procureurs généraux, figure de proue dans la répression des infractions Covid, une nouvelle politique criminelle a vu le jour, à travers l'adoption de nombreuses circulaires. Dès le 25 mars 2020, le Collège des procureurs généraux a adopté une circulaire COL 6/2020 relative à la mise en œuvre judiciaire de l'arrêté ministériel

---

223 C.C., 14 février 2013, n° 7/2013.

224 Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté.

225 Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté.

226 Rapport annuel 2012-2013 du ministère public, préambule, disponible à l'adresse suivante : http://www.om-mp.be/om_mp/files/politique-gestion/collegePG/FR/RapportAnnuel_20122013_FR.pdf

227 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch.repr., 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 112-115.

228 Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch.repr., 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 112-115.

229 Circulaire n° 2/2016 du Collège des procureurs généraux concernant les directives en matière d'affaires criminelles, 17 février 2016.

230 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017.

231 Circulaire n° 2/2018 relative à l'arrêt n° 148/2017 de la Cour constitutionnelle, p. 2.

232 Pour plus de précisions, voy. D. TATTI, « Des ''(a)normalités'' en temps de COVID-19 : quelles mutations en matière pénale ? Réflexions critiques à propos des normes fédérales et régionales bruxelloises », *Rev. dr. pén. crim*., 2021, pp. 761-789.

du 24 mars 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 (ci-dessous « COL-6 »). Elle est modifiée une première fois le 7 avril 2020 afin d'intégrer des dispositions relatives à la poursuite des infractions Covid par les SAC, à la suite de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal de pouvoir spéciaux n° 1 du 6 avril 2020. Elle fait ensuite l'objet de nombreuses modifications. En un an et demi, la circulaire a été révisée à vingt-deux reprises.

La COL-6 précise notamment la politique de recherche et de poursuite des infractions Covid par les policiers et les parquets. Elle fait des infractions Covid, une « priorité » dans la politique des poursuites, dissuadant le ministère public de procéder au classement sans suite pour des motifs d'opportunité[233], malgré la gravité toute relative des infractions Covid au regard d'autres infractions pénales. Cette politique, dérogatoire au fonctionnement classique du ministère public[234], limite drastiquement le pouvoir d'appréciation dont les substituts jouissent d'habitude dans la poursuite des infractions. Ainsi, à la date du 14 février 2021, seuls 2 % des dossiers « Covid » ont fait l'objet d'un classement sans suite pour motif d'opportunité [235]. En comparaison, il représente près de 40% de l'ensemble des dossiers clôturés par les parquets, tous contentieux confondus, pour l'année 2020. Par ailleurs, la COL-6 privilégie le recours à la transaction pénale, mécanisme prévu à l'article 216bis du Code d'instruction criminelle qui prévoit l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent, dans le cadre de la répression des infractions Covid. Sur les 185 000 dossiers traités par les parquets depuis le mois de mars 2020, 60% ont fait l'objet d'une transaction pénale, à l'initiative exclusive du ministère public, là où, en temps normal, cette procédure n'occupe qu'une place marginale dans les statistiques judiciaires (moins de 10%).

Les circulaires et directives précitées viennent ainsi illustrer le poids considérable du Collège des procureurs généraux dans la conduite des affaires pénales. Le ministère public n'hésite d'ailleurs pas à déclarer qu'il exerce « un véritable rôle charnière entre les pouvoirs de l'État »[236]. Si le Collège des procureurs généraux vient régulièrement pallier les maladresses du pouvoir législatif, les instruments qu'il adopte s'imposent aux particuliers et aux juges du fond et peuvent avoir un impact considérable sur l'exercice des poursuites, les modalités de celles-ci et, dès lors, les peines applicables. Une délégation croissante est ainsi opérée envers les autorités judiciaires pour déterminer des règles de droit pénal et de procédure pénale, ce qui vient contrarier le principe de légalité d'autant que ces instruments sont difficilement accessibles, n'étant pas soumis à l'obligation de publication au *Moniteur belge* et étant parfois classés confidentielles. Ainsi, sur les 235 circulaires adoptées entre 2004 et 2018 par le Collège des procureurs généraux et recensées sur le site du ministère public, 42 sont classées confidentielles et dès lors inaccessibles, soit près de 18 %. La tendance à « légiférer » par voie de directives et de circulaires en matière de politique criminelle ainsi que le contenu « souple » de ces textes semblent témoigner clairement d'un déclin du principe de légalité en matière pénale. Comme le souligne H. DUMONT, ces pratiques contemporaines illustrent parfaitement

---

233 « Sauf cas exceptionnels pour lesquels le procureur du Roi prend lui-même la décision, seul un classement sans suite pour des raisons techniques (absence d'infractions, manque de preuves, …) sera autorisé », COL-6, version du 6 mai 2020, p. 22.

234 « Sauf cas exceptionnels pour lesquels le procureur du Roi prend lui-même la décision, seul un classement sans suite pour des raisons techniques (absence d'infractions, manque de preuves, …) sera autorisé », COL-6, version du 6 mai 2020, p. 22.

235 Chiffres publiés sur le site du ministère public : https://www.om-mp.be/fr/article/apercu-donnees-chiffrees-relatives-aux-infractions-aux-mesures-lutte-contre-propagation-du-0

236 Rapport annuel 2010-2011 du ministère public, préambule, disponible à l'adresse suivante : http://www.om-mp.be/om_mp/files/politique-gestion/collegePG/FR/rapportannuel_20102011_FR.pdf.

le phénomène dit des « boucles étranges », soit « une interaction entre des normes ou des autorités supérieures et des normes ou des autorités inférieures, intercation qui a pour particularité d'intervertir le sens de la logique hiérarchique : le processus de production du droit voit des normes du niveau inférieur déterminer, contre toute attente, celles du niveau supérieur »[237].

3. Les conséquences du principe de légalité au sens formel

Du principe de légalité découlent certaines conséquences. La *légalité des incriminations* implique que seule une « loi » » peut ériger un comportement en infraction. Il en résulte que :

1. Le juge ne peut juger ou punir des faits qui ne sont pas érigés en infraction par la loi, quelle que soit son opinion sur leur moralité ou leur dangerosité. C'est en ce sens que l'on dit que le droit pénal est un droit strict : « la loi absorbe la totalité de l'ordre juridique pénal »[238].

2. Le juge doit, en outre, constater dans sa décision l'existence des conditions auxquelles la loi subordonne son application et indiquer les dispositions légales sur la base desquelles il déclare les faits établis (voir infra, chapitre V sur la peine).

La légalité des *peines* implique que seul le législateur peut déterminer la nature et la mesure de la peine[239]. Il en découle que :

1. Le juge ne peut prononcer de peine si la loi n'en prévoit pas[240].

2. Le juge ne peut prononcer une peine différente (ni dans son taux, ni dans sa nature) de celle prévue par la loi, sous réserve des mécanismes de correctionnalisation ou de contraventionnalisation d'une infraction ou s'il retient des circonstances atténuantes ou des causes d'excuses (voir *infra*, chapitre IV sur la peine).

3. Si l'infraction et ses conditions de réalisation sont constatées, le juge a l'obligation de prononcer la peine édictée par la loi. Il ne bénéficie pas ici de la liberté du ministère public qui dispose, lui, de « l'opportunité des poursuites ». Le prononcé de la peine est obligatoire, mais il existe néanmoins diverses exceptions (voir *infra*, chapitre IV sur la peine).

En outre, dans certaines matières « para-pénales », les peines légales, dont la nature et le taux sont fixés par la loi, sont remplacées par des « mesures de protection » ou de « sûreté » dont le contenu est souple et la durée souvent indéterminée. C'est le cas pour les mineurs en matière de protection de la jeunesse ou pour les auteurs de faits qualifiés infraction atteints d'un trouble mental en matière d'internement (voir *infra*, chapitre II sur l'infraction).

---

237 H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre Etat de droit et démocratie », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOULMI, B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ,* Bruxelles, Larcier, 2019, p. 849.

238 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit., n° 48, p. 65.

239 *Ibid..*, n^{os} 27 et 28.

240 Cass., 14 novembre 2012, RG P.11.1611., *Pas*. 2012, n°612.

B. Le principe de légalité au sens substantiel

L'aspect substantiel du principe de la légalité vise une certaine « qualité » de la loi elle-même[241]. Il impose au législateur de définir les infractions et les sanctions avec clarté et précision[242], de sorte que le citoyen puisse savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est punissable ou non et de quelle peine[243].

Un double enjeu, déjà mis en lumière par la pensée classique, se décline derrière cette exigence de clarté et de précision. D'une part, il s'agit d'assurer la sécurité juridique au citoyen[244]. Celui-ci doit pouvoir diriger sa conduite en connaissant la peine qui lui serait applicable en cas de violation de la loi[245]. D'autre part, il s'agit de respecter la séparation des pouvoirs et d'éviter l'arbitraire des juges que rendrait possible des incriminations aux contours trop flous.

Le principe, qui découle des articles 12 et 14 de la Constitution, ainsi que de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a été régulièrement rappelé, tant au niveau belge qu'européen.

Ainsi, dans un avis rendu sur le projet de loi du 12 mars 1997 relatif aux organisations criminelles, le Conseil d'État en souligne la raison et les conséquences :

> « Ce principe (de la légalité) est écrit pour le pouvoir qui fait la loi autant que pour celui qui l'applique, car il trace les domaines respectifs d'action de l'un et de l'autre. Le pouvoir législatif est tenu de faire des règles que le pouvoir judiciaire doit, pour sa part, appliquer en en respectant les termes. Le seul moyen de garantir cette rigoureuse séparation des pouvoirs – et, par suite, de conjurer tout risque d'arbitraire de la part des juges – est de rédiger les lois pénales de la façon la plus précise. Le pouvoir législatif viderait de sa substance le principe constitutionnel de légalité s'il se bornait à poser des règles pénales ne donnant aux juges que de vagues directives car il les obligerait ainsi, du même coup, à compléter les règles applicables... Le principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation de prudence, de disposer par des règles précises »[246].

La Cour d'arbitrage, puis la Cour Constitutionnelle ont, à leur tour, régulièrement rappelé ce principe et son objectif de sécurité juridique, en mobilisant les articles 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 12 et 14 de la Constitution :

> « Il découle des dispositions précitées que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, si ce

---

241 *Cf.* notamment M. DELMAS-MARTY, « Légalité criminelle et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 154.

242 L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *De la règle ''nulla poena sine lege'',* Paris, 1910 ; J. CONSTANT, « De la légalité des peines », *Rev. dr. pén. crim.*, 1935, pp. 569 et s.

243 Cass. 2 juin 2009, RG P. 09.0071. N, Pas., 2009, n°366.

244 P. TRAEST, "Rechts(on)zekerheid in materieel strafrecht en strafrechtelijke legaliteitsbeginsel", *R.W.*, 1993-1994, pp. 119 et s. ; A. DE NAUW, "Nieuwe wendingen inzake het *lex certa* beginsel", *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, *op. cit.*, vol. II, pp. 657 et s.

245 Cass., 26 mai 2020, P.20.0323.N. https://juportal.be/.

246 Avis C.E., *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 954/1, p. 13.

> comportement est punissable ou non et la peine éventuellement encourue. Les principes de légalité et de prévisibilité sont applicables à l'ensemble de la procédure pénale. Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines »[247].

La Cour constitutionnelle souligne cependant que cette exigence ne s'oppose pas à ce que la loi laisse une marge raisonnable d'interprétation au juge, en raison du « caractère de généralité des lois », de « la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent » et « de l'évolution des comportements qu'elles répriment » :

> « Le principe de légalité en matière pénale procède en outre de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation. *Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment* »[248].

Ce faisant, la Cour adopte une position conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, après avoir rappelé que le principe de légalité, tel que prévu à l'article 7 de la Convention, impose au législateur de définir des infractions claires et précises, à des fins de prévisibilité et de sécurité juridique, reconnaît que « le libellé de bien des lois ne présente pas une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues (…). L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique »[249] ou encore que « le caractère général des lois ne peut présenter une précision absolue » et qu'en conséquence, « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire (…). On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »[250]. Comme le souligne la Cour de cassation, le fait que le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation n'est pas en soi contradictoire avec cette exigence d'une prévisibilité raisonnable »[251].

---

247 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, B. 34. 3. Voy. aussi C.C., 28 février 2013, n° 20/2013, B. 9.

248 C.A. 11 mai 2005, n° 92/2005, § B.3.2. ; C.C., 6 décembre 2012, n°145/2012, § B. 7.

249 Cour. eur. D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, §§ 40 et 52.

250 Cour. eur. D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, §§ 40 et 52.

251 Cass., 13 décembre 2016, *R.C.J.B*, 2019, p. 25 et note Fr. KUTY, « La contribution des cours et tribunaux à l'élaboration du droit pénal ». Voy. aussi M. LYS, « Le principe de la légalité pénale dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004 : entre rigueur et valeurs », *Rev. b. dr. const*., 2005, pp. 377-398 : « cela signifie qu'une disposition pénale n'est pas contraire au principe de la légalité si, pour en expliciter le contenu précis, il faut s'en référer à l'interprétation qu'en donnent les cours et tribunaux ».

Le principe de légalité au sens substantiel admet donc un certain « flou » et qu'une certaine délégation soit accordée aux juges pour interpréter le sens de la loi pénale. Comme le souligne le philosophe du droit H.L.A. HART, ceci est clairement inévitable : « en tant qu'ils sont marqués par la condition humaine en effet, les hommes qui légifèrent ne peuvent posséder une telle connaissance de toutes les combinaisons possibles de circonstances que l'avenir est susceptible de faire apparaître »[252]. La question est alors de savoir jusqu'où le « flou » de l'incrimination et le pouvoir d'interprétation qu'il donne au juge sont acceptables pour que la portée de la disposition pénale demeure « raisonnablement prévisible »[253]. La réponse, donnée par la Cour Constitutionnelle – et ici encore conforme à la position de la Cour Européenne des droits de l'homme – est formulé en termes abstraits :

> « La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, éventuellement lue en combinaison avec les règles auxquelles elle se réfère, et au besoin à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »[254].

Répétant ce principe à plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a été amenée à l'interpréter dans des sens divers, au terme d'une jurisprudence casuistique qu'elle revendique elle-même, en soulignant que le respect du principe de légalité s'apprécie au cas par cas et en tenant compte d'éléments divers de l'infraction propres à chaque disposition concernée. C'est ce qu'elle souligne, lorsqu'elle pose, dans plusieurs arrêts, que « ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, de déterminer si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale »[255]. La Cour estime ainsi que les notions de « mesure technique efficace » et de « but commercial limité », prévues à l'article 79*bis*, § 1er, alinéa 2, 2° de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ne violent pas le principe de légalité. La Cour précise ici que, « en vue d'apprécier l'incrimination à la lumière du principe de légalité, il faut enfin avoir à l'esprit qu'elle vise des personnes qui sont parfaitement au courant des évolutions technologiques, de sorte que l'on peut attendre de leur part qu'elles fassent preuve de la vigilance nécessaire pour mesurer le caractère répréhensible de leurs comportements »[256]. La Cour de cassation n'en décide pas autrement en stipulant que « la légalité d'une disposition pénale requiert, qu'en soi ou conjointement avec d'autres dispositions, elle qualifie d'une manière suffisamment précise le comportement considéré comme étant punissable ; il est satisfait à cette exigence lorsqu'à la lumière de cette disposition, les personnes auxquelles celle-ci est applicable - compte tenu, éventuellement, de leur qualité particulière ou de leur fonction - ont la possibilité de connaître les faits ou les omissions qui sont susceptibles d'entraîner leur responsabilité pénale, même si la détermination de leur qualification est abandonnée au juge »[257]. Elle a ainsi considéré que l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, n'est pas contraire au principe de légalité, dans la mesure où le concept de « discrimination » est suffisamment clair et précis pour que les individus connaissent la portée de

---

252 H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, USL-B, 2006, p. 147.

253 Cass. 24 mars 2015, RG P.131134. N, *Pas*., 2015, n°214.

254 C.C., 6 décembre 2012, n°145/2012, § B. 7.

255 C.A., 15 mars 2006, n°40/2006 ; C.C., 6 décembre 2012, n°145/2012, § B. 7.

256 C.C., 12 novembre 2009, n° 182/2009.

257 Cass., 28 novembre 1997, *Pas*. 1997, I, p. 1270.

la loi, même s'il revient au juge de vérifier l'existence d'une justification objective et raisonnable pour expliquer la différence de traitement[258].

Sous son angle substantiel, le principe de la légalité est donc clairement ébranlé par l'évolution du droit pénal en regard de sa conception par les penseurs classiques[259]. Le recours à des concepts flous marque en effet de plus en plus le développement du droit contemporain, ce qui constitue une entorse au principe de la légalité[260]. La Cour Constitutionnelle censure parfois le législateur. C'est par exemple le cas dans son arrêt précité du 20 octobre 2004 par lequel la Cour a annulé l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 sur les drogues, pour violation du principe de légalité :

« le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite, spécialement (…) depuis l'adoption de l'article 151 de la Constitution, qui a consacré le 'droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite'. Il est cependant requis que la loi ne méconnaisse pas les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale[261]. En l'espèce, cette exigence s'impose d'autant plus que la disposition entreprise déroge à plusieurs égards aux règles générales du droit répressif, notamment pour ce qui est de la compétence du ministère public et de l'obligation de déclaration des services de police en cas de constatation d'infractions (…). En tant que la disposition entreprise ne satisfait pas à ces exigences et permet (…) que la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel soit notamment déterminée sur la base d'éléments subjectifs, celle-ci n'a pas un contenu normatif suffisamment précis pour être conforme au principe de légalité en matière pénale ». Pour la Cour, le flou des notions reprises à l'article 16 de la loi sur les drogues -telles que « nuisances publiques » ou « usage problématique », confère aux policiers « un pouvoir d'interprétation (…) qui est une source d'insécurité juridique et n'est pas conforme au principe de légalité en matière pénale »[262].

C'est encore le cas dans son arrêt 44/2019 du 14 mars 2019, dans lequel la Cour est amenée à examiner si l'article 46*bis*/1 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 17 mai 2017 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de promouvoir la lutte contre le terrorisme, ne viole par le principe de légalité. Cet article 46*bis*/1 enjoint aux travailleurs sociaux de transmettre au parquet des « renseignements administratifs » et des « informations pouvant constituer des indices sérieux d'une infraction terroriste » à la demande du parquet[263].

---

258 M. LYS, « Le principe de la légalité pénale dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004: entre rigueur et valeurs », *op. cit.*, 2005, p. 383.

259 Certaines législations l'ont remis en question comme le Code pénal soviétique de 1921. Voy. J. BELLON, *Droit pénal soviétique et droit pénal occidental*, Paris, Editions de Navarre, 1961.

260 Ainsi l'incrimination de « harcèlement » par exemple (art. 422*bis* CP), ne fait l'objet d'aucune définition légale, alors que les travaux préparatoires insistent continuellement sur le fait que « les éléments constitutifs de l'infraction doivent (...) être définis de manière très précise », *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 1046/8, pp. 5 et 6.

261 Dans le même sens, voy. C.A., 28 mars 2002, n° 56/2002.

262 C.A., 20 octobre 2004, n° 158/2004, §§ B.5.6, B.6.3., B.6.4. et B.7.3. Pour une analyse de cet arrêt, voy. Ch. GUILLAIN, « La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines », *J.T.*, Larcier, 22 janvier 2005, n°6166, pp. 63-65.

263 Comme le souligne le premier avocat général près la cour d'appel de Bruxelles, Lucien NOUWYNCK : « le législateur a donc doublement ébranlé les balises séculaires du témoignage en justice par une personne tenue au secret professionnel : d'une part en conférant au procureur du Roi un pouvoir d'investigation jusqu'alors réservé

La Cour estimera que, si « les termes 'renseignements administratifs' sont suffisamment clairs, compte tenu du caractère général et abstrait de la loi pénale » (B.14), en revanche, en « faisant référence à des informations pouvant constituer des indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre Ier du Code pénal', l'article 46*bis*/1 § » du Code d'instruction criminelle est formulé en des termes trop vagues, qui sont source d'insécurité juridique » (B. 15).

Néanmoins, au-delà de ces deux exemples, force est de constater que la Cour constitutionnelle semble aujourd'hui faire preuve d'une plus grande souplesse dans l'appréciation du principe de légalité en matière pénale.

Il en est de même concernant la Cour de cassation qui a conclu à la légalité de la notion de « diligences normales » dans la loi relative à la comptabilité des entreprises[264], à celle de « fraude » dans l'article 314 du Code pénal[265] ou, encore, à l'objectif de « favoriser le bien-être animal en répondant à ses besoins » dans la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux qu'aux objectifs déjà fixés en matière de protection des animaux[266].

C. Le principe de légalité sur le plan international

Sur le plan international, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît le principe de la légalité et lui confère le caractère d'un droit absolu qui ne peut faire l'objet d'aucune dérogation[267]. Toutefois, on retiendra ici deux tempéraments qui atténuent la rigueur du terme « loi » et élargissent la base du principe de légalité :

1. Énonçant le principe de légalité des incriminations et des peines, l'article 7 de la Convention dispose que la « loi » au sens formel englobe le « droit national ou international » ainsi que les « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise » (7.1.).

« Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (7.2).

Autrement dit, le terme « loi » recouvre des sources de droit écrit comme de droit non écrit, ce dont il découle que n'est pas considéré comme contraire au principe de légalité le fait de juger

---

à un juge et, d'autre part, en remplaçant la faculté de communiquer les informations sollicitées par une obligation, le refus étant érigé en infraction », L. NOUWYNCK, « Institutions de sécurité sociale, travailleurs sociaux, secret professionnel et terrorisme : la Cour constitutionnelle remet les pendules à l'heure », *Revue de droit communal*, n° 2019/2, pp. 13 à 26. Sur ce point, voy. COMITE T, *Évaluation des mesures visant à lutter contre le terrorisme à la lumière des droits humains*, Ligue des Droits Humains, 2020.

264 Cass., 29 novembre 2011, *Pas*., 2011, n° 650.

265 Cass., 22 mai 2012, *Pas*., 2012, n° 317.

266 Cass., 13 décembre 2016, *R.C.J.B*, 2019, p. 25.

267 J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 510, n° 635; J.-C. SOYER, « L'article 7 de la Convention existe-t-il ? », in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal, sous la direction de P. MAHONEY et al., Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 2000, pp. 1337 et s.

une personne pour un acte qui n'était pas incriminé par une loi écrite au moment de sa commission, « pour autant que cet acte soit contraire aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme confirmera cette approche élargie du principe de légalité, rappelant que le terme « loi » doit être pris dans son sens « matériel », plutôt que dans son sens formel :

« La Cour rappelle avoir toujours entendu le terme 'loi' dans son acception 'matérielle' et non 'formelle' ; elle y a inclus à la fois le 'droit écrit', comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome, et le « droit non écrit »[268].

2. Par ailleurs, la Cour précise également que le terme englobe des sources d'origine tant législative que jurisprudentielle. Pour la Cour, la « loi » au sens de l'article 7, la « loi » doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le « droit élaboré » par les juges. En résumé, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété »[269]. La Cour englobe dès lors dans la « loi » certaines règles jurisprudentielles qui font autorité, pour autant que celles-ci répondent à des qualités, « entre autres, d'accessibilité et de prévisibilité »[270]. La Cour admet donc clairement que « la jurisprudence en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal »[271].

Comme le soulignent S. VAN DROOGHENBROECK et Cécilia RIZCALLAH, « peu importe donc la nature de la 'base légale' des restrictions ou exceptions autorisées et, par voie de conséquence, la dose plus ou moins importante de légitimité démocratique dont son auteur se trouve investi : seules comptent, selon la Cour, l'accessibilité aux justiciables de cette base légale et la prévisibilité de ses effets. La 'légalité' est ici privée de toute dimension 'politique', au profit d'une focalisation exclusive sur les garanties contre l'arbitraire »[272]. La Cour privilégie dès lors l'aspect substantiel du principe de légalité sur son aspect formel.

Cette consécration du principe de la légalité, ainsi que les tempéraments qui l'affectent, figurent également dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 15.1 et 2)[273] et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (art. 49.1 et 2). Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que ce principe de légalité figure parmi les « principes généraux du droit communautaire » qui ont été « réaffirmés », en l'occurrence à l'article 49 de la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice ». Ce principe implique, ajoute la Cour, « que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition

---

268 Cour. eur. D.H. (GC), 14 septembre 2010, arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, § 83 ; Cour. eur. D.H., 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, § 36.

269 Cour. eur. D.H. (GC), 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre ;* Cour. eur. D.H. (GC), 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, § 83.

270 Cour. eur. D.H., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, § 99.

271 Cour eur. D.H. (GC), 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*. Voy. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine*, *op. cit*., pp. 514 et s.

272 S. VAN DROOGHENBROECK et Cécilia RIZCALLAH (avec la collaboration de G. Delannay et C. Horevoets,) « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOULMI, B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ,* Bruxelles, Larcier, 2019, p. 38.

273 Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Article 15 », *Commentaire du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, sous la direction de E. DECAUX, Paris, Economica, 2010, pp. 361 et s.

pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »[274].

§ 2. Une légalité élargie

Ce qui caractérise le droit pénal contemporain est l'hétérogénéité croissante ou « le jeu pluriel »[275] des sources du droit. Un principe de légalité élargie s'est imposé, au terme duquel la loi englobe des sources du droit de niveaux divers. Cette évolution, que l'on a déjà illustrée au § 1er, s'accentue en raison de la multiplication de sources de droit pénal tant au niveau international qu'à un niveau infra-étatique.

Parmi les sources formelles du droit pénal applicables en Belgique, on peut dès lors distinguer les conventions internationales, la Constitution, les lois, les décrets et ordonnances, les règlements généraux, provinciaux et communaux.

A. Les conventions internationales

À l'échelon international, il importe de tenir compte des dispositions normatives qui sont imposées, en droit interne, par les traités conclus par la Belgique[276]. En matière pénale, plusieurs conventions internationales, ratifiées par la Belgique, ont un effet direct en droit interne et sont donc considérées comme faisant partie du droit interne.

Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 mai 1971, en cas de conflit entre une norme internationale ayant des effets directs dans l'ordre interne (par exemple la Convention européenne des droits de l'homme) et une norme de droit interne (par exemple une loi), le juge doit accorder la primauté à la norme internationale[277]. Toutefois, en matière de protection des droits et libertés fondamentaux, c'est l'application de la norme la plus favorable qui prévaudra : le Etats peuvent en effet prévoir des protections ou garanties plus larges que celles qu'imposent les conventions et traités internationaux qu'ils ont ratifiés[278].

---

274 C.J.C.E., 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad, aff. C-303/05, §§ 46 à 54.

275 Y. CARTUYVELS, « Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif : le jeu pluriel des sources en droit pénal », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 55 et s.

276 Ainsi, par exemple, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie a été prise en exécution de la Convention internationale de New York sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale. De même, la loi du 17 avril 1986 adapte le droit interne (art. 477 à 477*sexies* du Code pénal et art. 12*bis* de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale) en exécution de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires faite à Vienne et à New York le 3 mars 1980 et approuvée par la loi belge du 24 juillet 1984.

277 Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 896, concl. proc. gén. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; Cass., 4 avril 1984, *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, pp. 679 et s., concl. av. gén. J. VELU. La primauté du droit international conventionnel est confirmée dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation et elle est consacrée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Sur la question du conflit entre un traité et la Constitution, *cf.* J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec des traités », *J.T.*, 1992, pp. 729 et s., pp. 749 et s. Pour la Cour de cassation, « la primauté des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre juridique belge vaut à l'égard de toutes les normes de droit interne, notamment les normes constitutionnelles » (*ibid.*, p. 733, n° 18).

278 Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, Bruxelles, La Charte, 2017. Ainsi, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'il garantit le droit à la vie, n'interdit pas la peine capitale. C'est le cas de la loi belge qui s'impose sur ce point.

1. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950)[279]

Approuvée par la loi belge du 13 mai 1955, la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, fait partie intégrante du droit interne et a force obligatoire[280]. En d'autres termes, les normes de la Convention sont devenues des normes de droit interne[281], ce qui signifie que les droits de l''homme garantis par la Convention ont, en Belgique, un caractère d'ordre public[282]. Aussi, les dispositions de la Convention peuvent-elles être invoquées comme source de droit devant le juge belge et le juge est quant à lui tenu, lorsque la loi lui permet de le faire, de soulever d'office les moyens déduits de leur violation.

L'application du droit interne est donc subordonnée à sa compatibilité avec les dispositions de la Convention des droits de l'homme et on ne peut que constater aujourd'hui combien, les droits de l'homme imprègnent la jurisprudence des cours et tribunaux[283]. En matière pénale, le rôle de la Convention est double : traditionnellement, elle joue un rôle de « bouclier » contre les excès du « glaive pénal », imposant aux États d'empêcher la violation de certains droits fondamentaux : interdiction de la torture (art. 3), respect du droit à la liberté et à la sûreté, (art. 5), respect du droit à un procès équitable, des droits de la défense et de la présomption d'innocence (art. 6). Mais ces dernières années, elle peut aussi exercer une fonction « épée », au sens ou peut s'imposer en son nom aux États l'obligation de recourir à l'arme pénale pour protéger des droits et libertés garantis par la Convention[284]. Dans les deux cas, la Convention et la lecture qui en est faite par la Cour jouent un rôle essentiel dans l'évolution du droit (pénal) belge.

Parmi les principales dispositions de la Convention qui jouent un rôle en matière pénale, on retiendra :

- le droit à la vie (même s'il n'exclut pas le principe de la peine capitale) (art. 2) ;
- l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (art. 3) ;
- l'interdiction de l'esclavage ou des travaux forcés (art. 4) ;
- le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5) ;

---

279 Voy. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES et C. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2014.

280 La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est complétée par des protocoles. La Belgique a approuvé le protocole additionnel du 20 mars 1952 (en même temps que la Convention), le protocole n° 4 du 16 septembre 1963 reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole additionnel (par la loi du 24 janvier 1970), le protocole n° 6 signé à Strasbourg le 28 avril 1983 et concernant l'abolition de la peine de mort (par la loi du 4 décembre 1998), le protocole n° 9 signé à Rome le 6 novembre 1990 et visant à améliorer la procédure prévue par la Convention (par la loi du 11 mai 1995, le protocole n° 11 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention fait à Strasbourg le 11 mai 1994 (par la loi du 27 novembre 1996), ainsi que le protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention ouvert à la signature à Strasbourg le 13 mai 2004 (par la loi du 22 août 2006) .

281 J. VELU, « La protection transnationale des droits de l'homme », *Rapports belges au XIIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 340.

282 W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre public et les droits de l'homme », *J.T.*, 1968, pp. 658 et s.

283 S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national, Bruxelles, Larcier, 2014.

284 Cour eur. D.H., 26 juillet 2005, arrêt *Siliadin c. France :* les Etats ont l'obligation positive d'adopter une législation pénale érigeant en infraction les pratiques interdites par l'article 4 de la Convention. Sur cette question, voy. D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer par le juge européen », *Rev. sc. crim.*, juillet-septembre 2011, pp. 575 et s.

- le droit à un procès équitable, les droits de la défense et la présomption d'innocence (art. 6) ;
- la légalité des peines (art. 7) ;
- le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) ;
- le principe *non bis in idem* (protocole n°7, art. 4) ;
- l'interdiction de la peine de bannissement (protocole n°4, art. 3) ;
- l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (protocole n°4, art. 4).

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 19 décembre 1966)

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est un instrument des Nations-Unies qui a vocation à s'appliquer dans l'ensemble du monde. Approuvé en Belgique par la loi du 15 mai 1981, il est d'application directe en droit interne. Ses articles 6 à 22 concernent le droit pénal et reprennent les droits reconnus par la Convention des droits de l'homme.

3. La Convention internationale des Nations-Unies sur les droits de l'enfant (20 novembre 1989)

Cette Convention fait également partie du droit interne et a force obligatoire. Elle contient aussi divers principes à respecter par le législateur national (par exemple, le principe de légalité des incriminations (art, 40, 2, a), le droit à la vie familiale (art. 9).

4. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (7 décembre 2012)[285]

La Charte fait partie du droit interne et a donc force obligatoire. Nous intéresse ici essentiellement son titre VI, consacré à la justice, lequel prévoit :

- le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (art. 47) ;
- la présomption d'innocence et les droits de la défense (art. 48) ;
- le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 49) ;
- le principe *ne bis in idem* ou le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (art. 50).

5. Les autres conventions internationales

D'autres textes internationaux, ratifiés par la Belgique, jouent un rôle important dans l'ordre interne. On retiendra ici, entre autres :

- les Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et leurs protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977 ;
- la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) ;
- la Convention contre la torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants de New-York du 10 décembre 1944 ;
- la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants signée à Vienne le 20 décembre 1998 ;
- le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007), …

---

285 Voy. F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article*, 2ème ed., Bruxelles, Larcier, 2020.

B. La Constitution

La Constitution contient, outre le principe de la légalité des incriminations et des peines (art. 12 et 14), de nombreuses dispositions qui concernent le droit pénal et la procédure pénale. On citera ici le principe d'égalité (art. 10), le principe de non-discrimination (art. 11), le principe de l'inviolabilité du domicile (art. 15), la liberté d'expression (art. 15), le droit au respect de la vie familiale (art. 22), …

On soulignera que l'importance accrue du contrôle de constitutionnalité en matière pénale opéré par la Cour Constitutionnelle nous oriente certainement vers la voie d'un droit constitutionnel pénal[286]. On rappellera aussi, à cet égard, que les autorités publiques ainsi que les personnes physiques ou morales (qui ont un intérêt) peuvent introduire, en principe dans un délai de six mois après la publication de la norme, un recours en annulation et, à titre d'accessoire, une demande de suspension. En outre, les cours et tribunaux peuvent également saisir la Cour constitutionnelle par voie de question préjudicielle[287]: sur une question de droit décisive pour la solution du litige qui lui est soumis, le juge de fond interroge la Cour et il sursoit à statuer avant d'obtenir réponse[288].

C. Les lois

On envisage par loi (au sens formel ici), toutes les dispositions normatives adoptées par le législateur national (fédéral)[289].

1. Le Code pénal, les lois complémentaires et les lois particulières

On retiendra d'abord ici le *Code pénal.* On sait que, même s'il date de 1967 et que sa réforme est actuellement en projet, ce texte reste la référence en matière de droit pénal. On rappellera qu'il est composé d'un livre I (« des infractions et des peines en général ») qui contient les principes généraux du droit pénal) et d'un livre II (« Des infractions et de leur répression en particulier ») qui contient un catalogue d'incriminations et de peines, classées par « titres » et « chapitres » selon le type de valeurs et d'intérêts à protéger.

Le Code pénal est complété par diverses *lois complémentaires* qui s'ajoutent au livre Ier du Code pénal et prévoient des principes généraux en matière de droit pénal (et aussi de procédure pénale). Par exemple :

- la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes ;
- la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse ;
- la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive ;
- la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ;
- la loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation ;
- la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des détenus ;

---

286 J. PRADEL, Droit constitutionnel et droit pénal, Paris, Cujas, 2000 ; M. VERDUSSEN, Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruylant, Bruxelles, 1995.

287 La question préjudicielle est « l'expression d'une interrogation adressée par un juge à un autre juge » (H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 223).

288 B. PATY, « L'accès au juge constitutionnel. Modalités et procédures. Rapport de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *Administration publique*, 2001, pp. 97 et s.

289 Les arrêtés-lois sont des dispositions qui sont prises par l'une des branches du pouvoir législatif lorsque les autres branches sont dans l'impossibilité absolue de fonctionner.

- la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

Le Code pénal est également complété par des *lois particulières* qui prévoient des infractions et leurs peines. On pense par exemple à la loi du 24 février 1921 sur les drogues ou les lois coordonnées du 16 mars 1968 en matière de roulage. On rappellera ici le rôle clé de l'article 100 du Code pénal qui détermine dans quelle mesure les principes généraux du livre Ier (articles 1 à 99 du Code pénal) s'appliquent aux infractions et aux peines prévues par les lois particulières.

2. Le Code pénal social

Le Code pénal social a été instauré par une loi du 6 juin 2010. Ce Code organise la répression des infractions aux règles relatives au fonctionnement de la sécurité sociale et au droit du travail.

Avant qu'elle ne soit codifiée, la matière faisait l'objet de nombreuses lois particulières. L'ensemble était peu cohérent, difficilement lisible et donc inefficace[290].

La matière posait également d'importants problèmes de sécurité juridique. En effet, avant la codification, la majorité des infractions résultaient des dispositions finales des lois particulières organisant le droit social. Il s'agissait le plus souvent de dispositions stéréotypées sanctionnant, de façon générale, le non-respect de la loi. Aucune attention particulière n'était apportée à la précision des incriminations et de leurs éléments constitutifs.

Un premier travail d'harmonisation a été réalisé par la Commission de réforme du droit pénal social (instituée par arrêté royal du 19 juillet 2001)[291], qui a abouti à l'adoption de deux lois du 3 décembre 2006. L'objectif poursuivi était d'uniformiser les règles procédurales en matière de droit pénal social, de créer un droit d'action civil (devant le tribunal du travail) en faveur de l'Auditorat du travail et de mettre sur pied des chambres spécialisées devant les juridictions correctionnelles et d'appel[292].

La Commission de réforme du droit pénal social a poursuivi son travail de réforme. Elle s'est attachée à uniformiser les pratiques du droit pénal social avec le droit pénal et la procédure pénale « ordinaire ». Elle a également travaillé à rendre le droit pénal social plus efficient, notamment en insistant sur le rôle préventif des organes de contrôle, en diversifiant les sanctions et en facilitant le recours à des amendes ou sanctions administratives.

À l'instar du Code pénal, le Code pénal social est divisé en deux livres. Le premier traite de « la prévention, la constatation et la poursuite des infractions et leur répression en général » et le second traite « des infractions et de leur répression en particulier ».

Le livre I est composé de six titres :

1. la politique de prévention et de surveillance
2. l'exercice de la surveillance et la qualité de d'officier de police judiciaire
3. les procès-verbaux
4. la poursuite des infractions
5. les dispositions particulières

---

[290] *Doc. Parl.,* chambre, 2008-2009, n°52-1666/1, p. 3

[291] *M.B.*, 28 juillet 2001

[292] *M.B.*, 18 décembre 2006.

6. la répression des infractions en général

Les deux premiers titres du livre I font directement référence au rôle préventif des organes de contrôle. Le fait que le Code pénal social s'ouvre sur ces deux titres traduit la volonté du législateur d'accorder une place primordiale à la prévention[293]. Ces deux titres organisent la politique de prévention, la façon dont la surveillance est organisée, la qualité des agents habilités à effectuer cette surveillance et les pouvoirs dont ils disposent dans l'exercice de leurs missions.

Le titre 3 est relatif à la l'établissement des procès-verbaux et s'inspire directement des règles prévues par le Code d'instruction criminelle.

Le titre 4 règlemente la poursuite des infractions et, en particulier, organise la coexistence entre des procédures administratives et des procédures pénales.

Le titre 5 rassemble des dispositions variées, notamment celles qui organisent la communication entre le Procureur du Roi, l'Auditeur du travail, les services d'inspection et les services de recouvrement des amendes. Il instaure également un conseil consultatif de droit pénal social, prévoit qu'un rapport relatif au traitement des infractions au Code pénal social sera fait annuellement à la Chambre de représentants ou organise la protection des données à caractère personnel des personnes physiques qui sont récoltées lors des missions de contrôle et de surveillance.

Le titre 6 détermine les différents degrés d'infraction en droit pénal social et les différentes sanctions applicables en cas d'infraction. Les infractions sont classées en quatre catégories. Les infractions de première catégorie ne peuvent donner lieu qu'à des sanctions administratives.

Il organise également les interactions entre les règles du livre I du Code pénal (droit pénal général) et le droit pénal social.

Le Livre 2 contient les infractions prévues en droit pénal social et les sanctions applicables. Ces infractions sont également complétées par des lois particulières qui n'ont pas été intégrées au Code pénal social (par oubli, parce qu'elles ont été votées ultérieurement ou parce qu'elles sont relatives à des compétences des entités fédérées).

3. Les lois et arrêtés de pouvoirs spéciaux

On signalera encore que les lois de pouvoirs spéciaux accordent au *Roi*, conformément à l'article 105 de la Constitution, le pouvoir de compléter ou de modifier la législation pendant une période et sur des matières déterminées. Cette délégation habilite généralement le pouvoir exécutif à procéder par « arrêtés de pouvoirs spéciaux » et à édicter des peines pour assurer l'application des mesures prévues par la loi[294].

---

[293] *Doc. Parl.,* chambre, 2008-2009, n°52-1666/1, p. 79

[294] Ainsi, l'article 4 de la loi du 31 mars 1867 dispose que « le Roi peut assurer, s'il y a lieu, l'application des dispositions prises en vertu de la présente loi par des sanctions de nature administrative, civile, fiscale et *pénale*, ces dernières ne pouvant excéder une peine d'emprisonnement de six mois et une amende de cinquante mille francs ». Des habilitations générales (sans, par exemple, que le législateur ne fixe le minimum ou le maximum des peines) traduisent, à notre sens, une interprétation abusive de l'article 14 de la Constitution. Plus radicalement, la pratique même de ces habilitations qui multiplie les interventions du pouvoir exécutif dans des matières réservées au pouvoir législatif affaiblit singulièrement le principe de la légalité et, partant, l'état de nos libertés (C.A., 18

D. Les arrêtés royaux d'exécution, de pouvoirs spéciaux ou d'habilitation

Comme on vient de le voir, le Roi dispose d'un pouvoir d'exécution des lois, sur la base des articles 105 et 108 de la Constitution.

E. Les décrets et les ordonnances

La réforme de l'État, entreprise depuis la révision de la Constitution du 24 décembre 1971 et réalisée en plusieurs phases, a abouti à reconnaître aux Communautés et aux Régions le pouvoir de prendre des dispositions pénales dans les domaines de leur compétence.

Ainsi, comme on a pu le voir, la loi spéciale de réformes constitutionnelles du 8 août 1980 confère au législateur décrétal, dans les limites de ses compétences, le pouvoir de régler par décret un certain nombre de matières, à la condition de pas empiéter sur les compétences réservées à la loi par la Constitution.

Par ailleurs, depuis la loi du 6 janvier 2014, les membres du gouvernement de communauté ou de région ont un droit d'injonction positive et peuvent demander au ministre de la Justice d'ordonner au ministère public d'exercer des poursuites. Les gouvernements de communauté et de région participent également à l'élaboration des directives contraignantes de politique criminelle et, à cette fin, participent aux réunions du Collège des procureurs généraux, en ce compris pour l'établissement des priorités des directives de politique criminelle en général.

F. Les règlements généraux, provinciaux et communaux

Il existe, enfin, des règles de droit pénal créées par certaines autorités administratives (au niveau des provinces, des communes et des agglomérations), dans le cadre des compétences qui leur sont expressément reconnues par la Constitution ou par les lois. Dans ces trois cas de figure, les peines applicables aux infractions édictées par ces règlements doivent avoir été fixées préalablement par la loi.

Ainsi, l'article 119*bis* de la nouvelle loi communale, modifié par la loi du 17 juin 2004, autorise les conseils communaux à prendre des règlements d'administration intérieure et des ordonnances de police dont la violation est sanctionnée pénalement. Toutefois, cet article prévoit que les peines contre les infractions aux règlements et ordonnances adoptés par le conseil communal « ne peuvent excéder les peines de police ».

G. Les principaux généraux du droit

Si les nombreux principes généraux du droit ne constituent pas, au sens strict terme, une source de droit pénal, certains ont parfois une incidence importante en droit pénal ou en procédure pénale.

H. La jurisprudence

---

février 1998, *Tijdschrift voor Wetgeving*, 1998/1, p. 10, note P. POPELIER, "Bijzondere machten en het Arbitragehof. Over het legaliteitsbeginsel en de werking van normen in de tijd").

La jurisprudence joue un rôle important en matière pénale, comme nous le verrons tout au long du cours.

Section 5. Le champ d'application du droit pénal

Nous examinerons successivement le champ d'application du droit pénal par rapport au temps et par rapport à l'espace.

§ 1. L'application de la loi pénale dans le temps

Si l'on pense la question de la loi pénale par rapport au temps, deux questions principales se posent. D'une part, celle de la durée de son application ; d'autre part, celle du moment de son application ou, en d'autres termes, la question du conflit des lois pénales dans le temps.

A. La durée de la loi

Les lois pénales entrent en vigueur, sont abrogées ou annulées conformément aux règles du droit public sur la durée d'application des lois en général. La mise en application de la loi suppose, obligatoirement, que la loi soit régulièrement publiée[295] et, de manière facultative, qu'un certain délai se soit écoulé à compter du jour de la publication[296]. Ce délai vise à favoriser la connaissance de la loi. Ces deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes : dès qu'elles sont remplies, les faits commis tombent sous son application.

L'abrogation peut prendre deux formes : expresse ou tacite

L'abrogation *expresse* peut être inscrite dans la loi nouvelle qui remplace la loi abrogée comme elle peut aussi être le fait de l'arrivée du terme fixé à la force obligatoire de la loi. Tel est le cas, notamment, de la loi temporaire, comme la loi du 17 décembre 1996 portant exécution temporaire et partielle de l'article 103 de la Constitution dont l'article 5 dispose expressément qu'elle « restera en vigueur jusqu'au 1er janvier 1998 »[297].

L'abrogation *tacite* résulte soit de l'incompatibilité de la loi nouvelle avec la loi ancienne, soit de la disparition des circonstances particulières qui avaient justifié la loi.

La question de l'abrogation par désuétude fait l'objet de discussion. Si, théoriquement, la loi pénale ne s'abroge pas par le non-usage[298], en revanche, le commissaire R. LEGROS soutient que « celui qui l'enfreint sera justifié »[299]. Des décisions admettent que la non-application de la loi résultant d'une pratique généralisée de ne pas poursuivre, peut constituer dans le chef du

---

295 Art. 190 Const. : « Aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi ».

296 Les lois, décrets et arrêtés royaux entrent en vigueur le dixième jour qui suit celui de leur publication au *Moniteur belge*, sauf indication contraire.

297 *M.B.*, 18 décembre 1996, p. 31432. Elle a été abrogée par la loi du 12 juin 1998. Modification de la Constitution (*M.B.*, 16 juin 1998).

298 Bruxelles, 2 mai 2002, *J.L.M.B.*, p. 71. Selon certains auteurs, les lois de procédure pénale pourraient, quant à elles, être abrogées par désuétude, H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8e éd., Bruges, La Charte, 2017, p. 84.

299 R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Paris-Liège, Sirey-Desoer, 1952, p. 293, n° 363 ; Cass., 5 février 1951, *Pas.*, I, p. 366.

prévenu une erreur invincible de droit[300]. Deux réalités se trouvent en jeu dans cette question : d'une part, le très grand nombre de lois pénales non appliquées et, d'autre part, « les forces sociales vives » qui sont à l'œuvre dans le droit « en dehors de formes juridiques officielles et qui portent à sa transformation »[301]. Sur un plan plus critique et criminologique, l'observation de l'inflation et de l'accélération de la production normative dans le domaine pénal, particulièrement perceptible ces dernières années, entraîne, paradoxalement, ce que Y. CARTUYVELS et F. OST appellent une « temporalité provisoire » de la loi pénale, qui ne semble plus faite pour durer[302].

Dans l'état actuel de nos institutions, les lois, les décrets et les ordonnances peuvent être annulés, partiellement ou totalement, par la Cour constitutionnelle pour violation, d'une part, des règles établies par la Constitution pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions et, d'autre part, des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution. Contrairement à l'abrogation qui agit seulement pour l'avenir, l'annulation, qui vaut *erga omnes*, rétroagit au jour de l'entrée en vigueur du texte, sous réserve des « mesures transitoires » qui permettent à la Cour constitutionnelle de maintenir les effets d'une norme annulée, soit provisoirement, soit définitivement[303]. En cas d'annulation, les décisions rendues par les juridictions répressives et passées en force de chose jugée peuvent être rétractées, en tout ou en partie, par la juridiction qui les a prononcées[304]. A la demande de la partie requérante, la Cour peut en outre suspendre en tout ou en partie la loi, le décret ou la règle qui fait l'objet d'un recours en annulation[305].

B. Le conflit des lois pénales dans le temps

Il est normal que les lois pénales se modifient. Mais, dans ce cas, surgit un conflit de lois dans le temps : quel est le domaine d'application de la loi nouvelle et quel est celui de la loi ancienne ?

---

300 Voy., *infra*, Chapitre III. L'infraction. Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction. §3. L'élément moral. L'*Avant-projet de Code pénal* de R. LEGROS (1985) confirme cette jurisprudence (art. 67) tandis la *Commission de réforme du droit pénal* (2016) propose d'ériger l'erreur invincible en cause d'exemption de culpabilité. Son article 22 dispose que « n'est pas pénalement responsable celui qui a agi sur la base d'une erreur invincible » (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 4).

301 Voy., *infra*, Chapitre III. L'infraction. Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction. §3. L'élément moral. L'*Avant-projet de Code pénal* de R. LEGROS (1985) confirme cette jurisprudence (art. 67) tandis la *Commission de réforme du droit pénal* (2016) propose d'ériger l'erreur invincible en cause d'exemption de culpabilité. Son article 22 dispose que « n'est pas pénalement responsable celui qui a agi sur la base d'une erreur invincible » (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 4).

302 Y. CARTUYVELS et Fr. OST, Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, p. 95.

303 Article 8, al. 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle : « Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ».

304 Article 10 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

305 Articles 19 à 25 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

L'article 2 du Code pénal énonce une double règle : la non-rétroactivité des lois pénales (al. 1er) et la rétroactivité des lois pénales plus douces (al. 2). L'une et l'autre découlent du même principe : « Pour être légitime, la peine sociale doit être nécessaire »[306].

1. La non-rétroactivité des lois pénales

a) Le principe

L'article 2, alinéa 1er du Code pénal dispose que :

« Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise »[307].

En droit pénal, la règle de la non-rétroactivité est une conséquence du principe de la légalité qui garantit la prévisibilité et la sécurité juridique pour le citoyen, est le gage de la séparation des pouvoirs et conjure le risque d'arbitraire de la part des juges, comme le rappelle la Cour constitutionnelle, en mobilisant les articles les articles 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 12 et 14 de la Constitution :

« Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines »[308].

Il en résulte, d'une part, que nul ne peut être poursuivi ni condamné pour des faits qui n'étaient pas érigés en infraction par la loi au moment où ils ont été commis et, d'autre part, que la peine applicable est la peine prévue par la loi au moment des faits.

Si la non-rétroactivité des lois pénales n'est pas expressément reconnue par la Constitution, le principe est consacré par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 7.1)[309] ainsi que par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 15)[310] dont les dispositions sont directement applicables en droit interne et ont la primauté sur ce dernier[311]. Enfin, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 consacre également ce principe.

Il est admis que l'article 2, alinéa 1er du Code pénal s'applique aussi bien aux incriminations qu'aux peines.

Concernant les *incriminations*, il a été jugé que l'article 65 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 11 juillet 1994, organise un système répressif plus sévère que celui appliqué sous

---

306 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1er, *op. cit*., pp. 122-123, n° 181.

307 Voy. aussi l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

308 C.C., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, B. 34.3. ; Cass., 26 mai 2020, P.20.0323.N. https://juportal.be/.

309 Cour eur. D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 137 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *op. cit.*, p. 459. Voy., aussi, Cour eur. D.H., 10 février 2004, arrêt *Puhk c. Estonie* ; Cour eur. D.H. (GC), 21 octobre 2013, arrêt *Del Río Prada c. Espagne*.

310 Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, "Article 15", *op. cit.*

311 *Cf. supra*. Si une loi nationale dérogeait à la règle de la non-rétroactivité, un recours pourrait être introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. Corr. Anvers, 17 octobre 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 628, note.

l'empire de l'article 65 ancien et qu'il n'est dès lors pas applicable aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi[312]. Il a également été jugé que seuls des faits commis après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales peuvent engager la responsabilité pénale de la personne morale[313]. De même, la Cour d'appel de Liège a considéré que la nouvelle version de l'article 71 du Code pénal, instaurée par la loi du 5 mai 2014 et entrée en vigueur le 1er octobre 2016, est plus sévère que l'ancienne (dans la mesure où elle restreint le champ d'application de la cause de non-imputabilité) et qu'elle tombe dès lors (au même titre qu'une peine) sous le coup de l'article 2 du Code pénal de sorte qu'elle ne peut rétroagir et s'appliquer à des faits commis en date du 26 mai 2015[314].

Par ailleurs, « à peine de violer l'article 2 du Code pénal, lorsque le fait imputé au prévenu est qualifié suivant la définition de la loi nouvelle alors qu'il a été commis sous le régime de la loi ancienne, le juge ne peut déclarer cette infraction établie que s'il constate que le fait était aussi punissable au moment où il a été commis. Cette constatation requiert qu'il indique les dispositions de l'ancienne loi définissant les éléments constitutifs de l'infraction et comminant la peine »[315].

Concernant les *peines*, il a été jugé que la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro entraîne une légère augmentation des amendes et, partant, qu'elle ne peut être appliquée à des faits qui ont été commis avant le 1er janvier 2002[316]. Le principe de non-rétroactivité concerne tant les peines principales que les peines accessoires. Il a ainsi été décidé que la peine accessoire d'interdiction d'exercer certaines fonctions, professions ou activités ne peut être prononcée pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi[317]. Il en va de même pour la peine accessoire d'interdiction du droit d'habiter, de résider ou de se tenir dans une zone déterminée, en cas de condamnation pour des faits de mœurs (voyez l'actuel article 417/58 C.P.)[318].

A contrario, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale ne s'applique qu'aux seules incriminations et aux seules peines, comme l'a rappelé la Cour européenne :

« Les règles sur la rétroactivité contenues dans l'article 7 de la Convention ne s'appliquent qu'aux dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment »[319].

Considérant que l'obligation, en cas de condamnation, de verser une contribution au Fonds spécial pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence (art. 29 de la loi du 1er août

---

312 Cass., 16 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 204 ; Mons, 2 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 689.

313 Corr. Bruxelles, 8 juin 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 1096 ; Cass., 16 février 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 831. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il semble également que ce principe doive s'appliquer aux sanctions administratives, en raison de leur caractère « répressif », et cela « indépendamment de la qualification de pénales ou de non-pénales que la loi pourrait (leur) donner » (C.A., 30 juin 1999, n° 76/99). En matière de droit pénal social, il a été jugé que, par analogie avec l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, il convenait, pour déterminer la loi la plus favorable à celui qui a commis l'infraction, de prendre en considération le montant maximum de l'amende administrative applicable selon la loi ancienne et la loi nouvelle, majoré des décimes additionnels (Trib. trav. Bruxelles, n° 11/7966/A, 14 février 2013).

314 Liège (6ème ch.), 17 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, n° 28, pp. 1318-1321.

315 Cass., 23 octobre 2019 ; Cass., 5 janvier 2021, P.20.0945.N., *T.Strafr.* 2021, vol. 2, pp. 100-102, Cass., 12 janvier 2021, P.20.0817.N. https://juportal.be/.

316 Cass., 16 octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 544.

317 Cass., 2 juin 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1380 ; Cass., 2 octobre 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 409.

318 Cass., 14 juin 2017.

319 Cour. eur. D.H., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, § 110.

1985 portant des mesures fiscales et autres) ne constitue pas une peine, la Cour de cassation décide qu'elle s'applique à toute condamnation, même pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi[320]. De même, la Cour de cassation a jugé que la condamnation au paiement d'une indemnité de 28,84 euros, prévue par l'article 77, alinéa 2, de l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant règlement général des frais de justice en matière répressive « revêt un caractère propre et ne constitue pas une peine. Elle doit être prononcée quelle que soit la date des faits déclarés établis »[321].

b) Les exceptions à la règle

Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, des exceptions à la règle de la non-rétroactivité sont prévues, qui posent question au regard du principe de légalité et de prévisilité qui en découle.

1. Ainsi, l'article 2, al. 1er du Code pénal ne s'appliquerait pas aux *lois interprétatives* (art. 84 et 133 de la Constitution) au motif que leur « objet n'est pas de substituer à la loi interprétée une loi nouvelle mais simplement de fixer le sens de la loi interprétée qu'elle laisse subsister »[322]. Soutenir que la loi interprétative est seulement censée « dire » le texte original est une fiction qui méconnaît le caractère créateur de l'interprétation[323]. Aussi, l'article 21, alinéa 1er de *l'Avant-projet de Code pénal* du Commissaire R. LEGROS (1985) proposait-il d'étendre la règle de la non-rétroactivité aux lois interprétatives, à moins que l'interprétation ne soit plus favorable.

2. Se limitant aux incriminations et aux peines, le principe de non-rétroactivité ne s'étend pas aux *règles de procédure pénale*, lesquelles restent soumises aux dispositions du Code judiciaire (art. 3[324]). Les lois de compétence et d'organisation des cours et tribunaux, de prescription de l'action publique, d'administration de la preuve ou, encore, les lois sur la transaction, la détention préventive ou l'extradition sont dites *d'application immédiate*, peu importe la date de la commission des faits infractionnels car elles ont pour objet d'assurer l'administration de la justice pénale et sont présumées être établies « tant dans l'intérêt de l'individu que de la société »[325]. Cette application immédiate est jugée raisonnable par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que les règles contenues à l'article 7 de la Convention ne s'appliquent qu'aux dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment, et non aux lois de procédure[326]. On peut toutefois se demander s'il ne s'agit pas d'une fiction dont l'effet, paradoxalement, pourrait être d'aggraver le sort du prévenu[327]. Ainsi, depuis 1980, la

320 Cass., 9 et 23 février 1988, *Pas.*, I, pp. 665 et 753 ; Cass., 9 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 919.

321 Cass., 4 mars 2008, *Pas*. 2008, p. 608.

322 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1, *op. cit.*, pp. 127-128, n° 187; Cass., 16 novembre 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 273, note J.Y. MINE ; Cass., 4 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1047.

323 Dans le même sens : G. LEVASSEUR, « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps », *En hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, pp. 189 et s.

324 Article 3 C. Jud. : « Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours ».

325 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 102, n° 302 ; Cass., 16 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, 181 ; Bruxelles, 1er mars 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 756.

326 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009, § 110.

327 Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique », *op. cit.*, pp. 216-217. Dans le même sens, G. LEVASSEUR, « Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité », *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage*

Cour de cassation décide que les lois qui *allongent le délai de prescription* de l'action publique et de la peine ont un effet immédiat et s'appliquent dès lors à toutes les actions nées avant leur entrée en vigueur et non encore jugées ni prescrites à cette date[328]. Il a été notamment jugé que « la loi du 24 décembre 1993 qui porte de trois à cinq ans le délai de prescription de l'action publique en matière délictuelle s'applique immédiatement aux infractions commises avant son entrée en vigueur et non encore prescrites à cette date »[329]. La Cour européenne des droits de l'homme a validé ce principe, tout en soulignant ses effets délétères sur les justiciables :

« La prolongation du délai de prescription introduit par la loi du 24 décembre 1993 et son application immédiate par la Cour de cassation ont, certes, eu pour effet d'étendre le délai durant lequel les faits pouvaient être poursuivis et ont été défavorables pour les requérants, en déjouant notamment leurs attentes. Pareille situation n'entraîne cependant pas une atteinte aux droits garantis par l'article 7, car on ne peut interpréter cette disposition comme empêchant, par l'effet de l'application immédiate d'une loi de procédure, un allongement des délais de prescription lorsque les faits reprochés n'ont jamais été prescrits »[330].

La Cour européenne a, à plusieurs reprises, réitéré ses propos, assimilant les règles en matière de prescription à des lois de procédure, dans la mesure où elles ne définissent ni les infractions ni les peines et peuvent être interprétées comme posant une simple condition préalable pour l'examen d'une affaire[331]. La Cour européenne reconnaît elle-même que la rétroactivité des lois en matière de prescription de l'action publique peut entraîner des effets défavorables pour les auteurs d'infraction. Ainsi, des personnes bénéficiant de la prescription en vertu de la loi applicable au moment des faits et en voie de réinsertion pourraient, en vertu de l'application immédiate d'une loi nouvelle allongeant le délai de prescription, faire l'objet de poursuites.

Les *dispositions modifiant la compétence matérielle des tribunaux*, relevant de la procédure pénale, sont également d'application immédiate[332]. La Cour constitutionnelle a précisé que l'exigence de prévisibilité de la procédure pénale contenue à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution ne s'oppose en principe pas à l'application immédiate des lois de compétence et de procédure en matière pénale, sur la base de l'article 3 du Code judiciaire. Elle a dès lors considéré que la modification du régime du dessaisissement devant le tribunal de la jeunesse, relevant de la procédure pénale, peut s'appliquer à des faits commis par des mineurs préalablement à son entrée en vigueur :

« La décision de dessaisissement n'est pas en soi une incrimination ou une peine : elle détermine le droit qui est applicable à un mineur ayant commis le fait qualifié d'infraction, à savoir le droit pénal plutôt que le droit en matière de délinquance juvénile. Étant donné que la décision de dessaisissement a pour effet que les poursuites sont menées selon le droit pénal commun et la procédure pénale de droit commun, la mesure a un rapport avec la procédure pénale »[333].

à M. Louis Hugueney, Paris, Sirey, 1964, pp. 17 et s. ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8e éd., Bruges, La Charte, 2017, p. 79.

328 Cass., 7 mars 1980, *Rev. dr. pén. crim.*, 1980, p. 975, note Ph. QUARRE ; Cass., 3 juin 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 981, note J.S.; Corr. Bruxelles, 29 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 225, note L. BIHAIN; Cass., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307, obs. P. MONVILLE; Cass., 18 février 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 940.

329 Mons, 23 juin 1995, *Rev. dr. pén. crim*., 1995, p. 1090 ; Cass., 20 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 156.

330 Mons, 23 juin 1995, *Rev. dr. pén. crim*., 1995, p. 1090 ; Cass., 20 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 156.

331 Cour eur. D.H., *Previti c. Italie*, 12 février 2013, § 80 ; Cour eur. D.H., *Borcea c. Roumanie*, 22 septembre 2015, § 64.

332 Fr. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge*, La loi pénale, t. 1, *op. cit*., pp. 356 et 357.

333 C.C., arrêt n° 112/2020, 27 juillet 2020, B.11.

En revanche, la Cour de cassation a admis que, « bien que relevant du droit pénal formel, une disposition légale modifiant une *règle d'administration de la preuve* en matière répressive et portant atteinte aux droits de la défense ne s'applique qu'aux faits commis après l'entrée en vigueur de cette disposition »[334]. La Cour a donc ici refusé l'application immédiate de la nouvelle disposition légale à des faits antérieurs à son édiction.

On considère également que les lois de compétence extraterritoriale, même si elles ne créent pas de nouvelles incriminations, relèvent du droit pénal matériel. Ainsi, la Cour d'arbitrage a pu décider que l'article 379 de la loi-programme du 22 décembre 2003 qui avait abrogé l'article 3 de la loi du 23 mars 2003, a étendu la *compétence extraterritoriale* des juridictions belges et donné ainsi une base légale à une poursuite exercée en Belgique, « alors qu'il n'existait auparavant aucune base légale de poursuite ni donc, *a fortiori*, de sanction en Belgique pour de tels faits ». En conséquence, la Cour a considéré la loi du 13 mars 2003 comme une disposition de droit pénal matériel qui ne peut rétroagir et a annulé la disposition attaquée[335].

3. La règle de la non-rétroactivité du droit pénal ne concerne pas non plus les *mesures de protection ou de sûreté*[336] telles que des mesures de garde, de préservation et d'éducation des mineurs[337]. Dans l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2020 concernant la matière du dessaisissement devant le tribunal de la jeunesse, le Conseil des ministres a fait savoir que « le droit en matière de délinquance juvénile ne relève pas du droit pénal, mais trouve son origine dans la compétence communautaire en matière de protection de la jeunesse (article 5, § 1er, II, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles). Le droit en matière de délinquance juvénile vise à aider les délinquants mineurs plutôt qu'à les sanctionner »[338].

Elle ne concerne pas non plus l'obligation de se soumettre à un ou plusieurs examens avant d'obtenir la réintégration dans le droit de conduire. Dans un cas d'espèce, le demandeur en cassation faisait valoir qu'en condamnant l'auteur d'un excès de vitesse commis le 16 novembre 2013 à une peine de travail et à une déchéance du permis de conduire tout en lui *imposant*, pour la réintégration dans ce droit, la réussite de divers examens (théorique, pratique, médical, psychologique) sur la base de l'article 38, § 6 de la loi relative à la police de la circulation routière (entré en vigueur le 1er janvier 2015), la cour d'appel avait, dans on arrêt du 8 octobre 2015, fait application d'une loi plus sévère que la législation applicable au moment des faits qui prévoyait la *faculté* et non, comme la nouvelle loi, *l'obligation* de soumettre la réintégration dans le droit de conduire auxdits examens. Considérant que l'obligation de se soumettre à un ou plusieurs examens avant d'obtenir la réintégration dans le droit de conduire constitue une mesure de sûreté, la Cour de cassation a rappelé que l'article 2 du Code pénal concerne uniquement les peines proprement dites et non pas les mesures de sûreté qui visent la protection de l'intérêt général et sont d'application immédiate[339].

---

334 Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, I, p. 547.

335 C.A., 20 avril 2005, n° 73/2005, *J.T.*, 2005, p. 337, note. Voy., aussi, Cass., 29 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 59 et obs. J.C. SCHOLSEM (« L 'article 29, § 3, alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 constitue une règle de droit pénal matériel parce qu'il a notamment pour objet d'empêcher, aux conditions qu'il précise, que certaines violations graves du droit international humanitaire cessent d'être punissables en Belgique »).

336 Cass., 1er février 2005.

337 Cass., 17 février 1969, *Pas.*, I, p. 546.

338 C.C., n° 112/2020, 27 juillet 2020, A.1.

339 Cass., 27 avril 2016, *Pas*., 2016, n° 286.

4. La règle ne viserait pas non plus les *mesures d'internement* des personnes atteintes d'un trouble mental[340] : « l'article 7, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 2 du Code pénal concernent en tant que tels les peines et non les mesures de sûreté comme l'internement »[341], car ces mesures, dépourvues théoriquement de tout caractère punitif, apparaissent nécessairement plus douces que les peines.

Deux remarques à cet égard :

1° L'intérêt du mineur ou le traitement du malade mental le priverait ainsi, paradoxalement, de certaines garanties ;

2° À partir du moment où, dans la pratique, la différence radicale entre une mesure d'internement et une peine tend à s'estomper, il devient difficile de justifier un régime différent pour les mesures en cette matière.

L'article 21, alinéa 2 de *l'Avant-projet de Code pénal* de R. LEGROS (1985) renonçait d'ailleurs à l'exception et reconnaissait la non-rétroactivité des lois qui instituent des mesures.

5. Le principe de non-rétroactivité ne viserait pas non plus les *mesures disciplinaires*[342]; les incapacités qui s'attachent par la loi à certaines condamnations ; les lois relatives au *sursis*, ainsi qu'à la *libération conditionnelle*[343]. Ainsi, la Cour de cassation considère que « bien que la mise à l'épreuve d'une personne condamnée, réalisée par le sursis à l'exécution des peines (...) constitue une modalité d'exécution de la peine qui fait partie intégrante de la peine, la révocation du sursis (...) ordonnée à la suite d'une condamnation prononcée du chef de faits nouveaux commis pendant le délai d'épreuve n'implique pas la redéfinition ou la modification de la peine infligée par le premier juge »[344] ou, encore, que « la juridiction d'appel qui réduit une peine imposée par le premier juge mais retire le sursis accordé en tout ou en partie pour cette peine n'alourdit pas la peine et ne doit par conséquent pas prendre cette décision à l'unanimité »[345].

Le principe ne s'applique pas non plus aux mesures qui relèvent de *l'exécution des peines* au motif, une fois encore, que ces lois ne contiennent ni incrimination ni peine. La Cour de cassation a ainsi décidé que l'article 7.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'applique qu'aux poursuites pénales qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive et non pas « à l'exécution d'une condamnation prononcée sous l'empire d'une loi antérieure ».

Rien n'empêche dès lors le tribunal de l'application des peines de se prononcer sur l'exécution d'une mise à la disposition du gouvernement, même si celle-ci n'est plus possible sur la base des règles actuellement en vigueur concernant la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (art. 34*ter* et 34*quater* du Code pénal)[346].

---

340 Cass., 21 juin 1965, *Pas.*, I, p. 1149, *Rev. dr. pén. crim.*, 1965-1966, p. 351, obs. P.E. TROUSSE.

341 Cass., 21 février 2017, *Pas*., 2017, n° 124.

342 Cass., 29 janvier 1951, *J.T.*, 1951, p. 296.

343 Cass., 15 janvier 2002, *Pas*., 2002, n° 28 ; Cass., 22 mai 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 969, note.

344 Cass., 27 février 2018, P.17.0509.N. https://juportal.be/.

345 Cass., 1er décembre 2020, P.19.0808.N, *T. Strafr*., 2021, n° 1, p. 37.

346 Cass., 3 janvier 2017, *Pas*., 2017, n° 10.

Un autre exemple, tiré de l'exécution des peines, concerne la période de sûreté instaurée par la loi du 21 décembre 2017 et autorisant les cours et tribunaux à assortir la condamnation à une peine privative de liberté pour des infractions d'une certaine gravité, d'une période de sûreté, avant l'échéance de laquelle aucune libération anticipée ne peut intervenir. Dès lors que la période de sûreté est ordonnée par une juridiction de fond et qu'elle a une incidence sur la durée de la peine à exécuter par le condamné, elle relève assurément de la matière pénale[347]. Dans l'affaire Abdeslam, le tribunal correctionnel de Bruxelles n'a pas fait droit à la demande du parquet sollicitant l'application d'une mesure de sûreté estimant que celle-ci constitue un élément de gravité de la peine, les articles 2 du Code pénal et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme s'opposant à ce qu'elle puisse rétroagir à la date des faits, commis le 15 mars 2016[348]. Le tribunal correctionnel de Liège a statué dans le même sens[349], tandis que la cour d'appel de Liège a considéré que la période de sûreté ne fait pas partie intégrante de la peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme de sorte qu'elle est d'application immédiate[350].

La Cour constitutionnelle a, quant à elle, considéré que le principe de non-rétroactivité doit s'appliquer à la période de sûreté, même s'il ne s'agit pas d'une peine :

« La période de sûreté n'est pas une nouvelle peine. Néanmoins, (…), la période de sûreté, fixée par le juge qui prononce la peine, fait partie intégrante de celle- ci. Même si elle a une incidence directe sur l'exécution de la peine, elle ne constitue pas une mesure relevant de son application. Il ressort de la jurisprudence citée en B.21 que le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale est applicable aux dispositions de cette nature qui aggravent la situation du condamné en alourdissant la peine infligée »[351].

Face à des jurisprudences fluctuantes, Ch. GUILLAIN et M. ALIÉ plaident pour une intervention législative afin que toute la « matière pénale » ne puisse faire l'objet d'une application rétroactive dès lors que celle-ci a une incidence sur le sort du prévenu[352].

2. La rétroactivité des lois pénales plus douces

L'article 2, al. 2 du Code pénal dispose que :

> « Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée ».

---

347 Selon Fr. KUTY, il s'agit « d'une mesure affectant l'exécution de la peine qui en constitue un élément qui en fait partie intégrante et forme avec celle-ci un tout indivisible qui les rend solidaires en raison du lien existant entre la durée de la peine qu'elle assortit et la mesure dans laquelle elle en affecte l'exécution », Fr. KUTY, « La loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sûreté. La peine irrémédiable la loi de la désillusion ? », *Rev. dr. pén. crim*., 2018, n° 5, p. 582.

348 Corr. Bxl, 23 avril 2018, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, n° 2, pp. 187-207 et note D. DE BECO, A. DE BROUWER et Ch. GUILLAIN, « Commentaire du jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 23 avril 2018 dans l'affaire "Abdeslam" : quand l'exception devient la règle ».

349 Corr. Liège, div. Liège, 16 février 2018, *J.L.M.B*., 2019, p. 640.

350 Liège (18e ch.), 26 février 2019, *J.L.M.B.,* 2019, vol. 14, p. 637 et note Fr. KUTY, « La (non-) rétroactivité de la période de sûreté d'une peine privative de liberté ».

351 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.23.1.

352 Ch. GUILLAIN, M. ALIE, « La légalité en procédure pénale : mutations contemporaines d'une exigence constitutionnelle », *in* L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?,* Larcier, 2019, p. 123.

La rétroactivité des lois pénales plus douces est expressément reconnue par l'article 2, alinéa 2 du Code pénal. Si elle ne figure pas dans la Constitution, elle est consacrée à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[353] ainsi qu'à l'article 49.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle[354], la Cour de cassation a affirmé que l'application rétroactive de la loi pénale plus douce constituait un « principe général du droit répressif » qui s'appliquait à une sanction administrative, bien que celle-ci ne soit pas une peine, au sens de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal[355].

Malgré le fait que le principe ne soit pas inscrit dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a d'abord admis, notamment dans l'arrêt *G. c. France* du 27 septembre 1995[356] que l'article 7 n'y faisait pas obstacle, dans la mesure où la rétroactivité joue en faveur de l'accusé. Par la suite, dans son arrêt *Scoppola c. Italie* du 17 septembre 2009, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence antérieure :

« Un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal », même si « l'article 7 de la Convention ne mentionne pas expressément l'obligation, pour les Etats contractants, de faire bénéficier le prévenu d'un changement de législation intervenu après la commission de l'infraction ». Par voie de conséquence, elle décida que « l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu »[357].

Une loi rétroactive sera dite *d'application immédiate*. En cas de rétroactivité, la loi nouvelle est censée avoir déjà existé au moment des faits : « il y a là une sorte de préexistence fictive de la loi nouvelle »[358]. Une condition limite cependant l'application rétroactive d'une loi pénale plus douce : la loi nouvelle, qui enlève à un acte son caractère délictueux ou qui réduit les peines, s'appliquera aux faits commis avant son entrée en vigueur, *pour autant que ces faits n'aient pas encore fait l'objet d'une décision rendue en dernier ressort*[359]. La Cour constitutionnelle a

---

353 On ne peut, dès lors, plus soutenir, en raison du fait que la rétroactivité des lois favorables n'est pas inscrite dans la Constitution, que le législateur peut y déroger, notamment dans des lois particulières en vertu de l'article 100 du Code pénal (voir *supra*, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 2. Le droit interne, A. Le droit pénal matériel, 3. L'article 100 du Code pénal) puisque le Pacte fait partie du droit interne (voir *supra*, Section 4. Les sources du droit pénal, § 2. Une légalité élargie, A. Les conventions internationales).

354 C.A., n° 76/99, 30 juin 1999. *M.B.*, 24 novembre 1999, p. 43214.

355 Cass., 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2002, p. 465 ; Cass., 14 mars 2005.

356 Cour eur. D.H., 27 septembre 1995, *G. c. France*.

357 Cour eur. D.H. (GC), 17 septembre 2009, *Scoppola (n° 2) c. Italie*. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne. En marge de l'arrêt *Scoppola c. Italie (n° 2)* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 853 et s.

358 G. LEVASSEUR, « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps » *op. cit.*, p. 191, n° 4 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, pp. 90 à 93.

359 Lorsque, durant l'instance en cassation, la loi pénale en raison de laquelle le prévenu a été condamné est abrogée, le seul fait de cette abrogation ne peut avoir pour conséquence la cassation de la décision attaquée (Cass.,

ainsi considéré dans un arrêt du 21 novembre 2013, à propos de la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, que « l'introduction d'une loi pénale plus clémente ... ne rétroagit que dans la mesure où une décision pénale définitive n'a pas encore été prononcée. Si la décision pénale est devenue irrévocable, la peine infligée peut être exécutée, même si la loi pénale est devenue plus clémente dans l'intervalle »[360].

La Cour a réitéré ses propos à l'encontre de la loi du 15 mai 2006 qui rétablit l'article 12 du Code pénal interdisant de prononcer la réclusion ou la détention à perpétuité à l'égard d'une personne qui n'est pas âgée de dix-huit ans au moment des faits. En l'espèce, une personne avait été condamnée par un arrêt de la cour d'assises du 20 octobre 1995 aux travaux forcés à perpétuité pour un double meurtre commis à l'âge de dix-sept ans. La Cour constitutionnelle rappelle que « selon un principe fondamental de notre ordre juridique, les décisions juridictionnelles ne peuvent être modifiées que par la mise en œuvre de voies de recours. L'introduction d'une loi pénale plus clémente, plusieurs années après le prononcé de la peine, ne change rien à ce principe. Une telle loi ne rétroagit que dans la mesure où une décision pénale définitive n'a pas encore été prononcée. Si la décision pénale est devenue irrévocable, comme c'est le cas en l'espèce, la peine infligée peut être exécutée, même si la loi pénale est devenue plus clémente après la décision définitive prononçant la peine. Ceci ne porte pas atteinte à la liberté individuelle garantie par l'article 12 de la Constitution »[361]. On notera toutefois que dans un tel cas, la peine peut être aménagée durant son exécution par le tribunal de l'application des peines (*infra*, Chapitre IV, section 6, §5).

Si l'énoncé de la règle est relativement simple, les conditions de son application sont complexes dans la mesure où il importe de déterminer la douceur ou la sévérité relative des lois pénales. Il s'agit d'une appréciation qualitative dont le contenu est fonction de l'évolution du droit pénal lui-même.

En ce qui concerne *l'incrimination*, lorsqu'une loi nouvelle supprime une infraction[362] ou lorsqu'elle ajoute une condition à l'infraction, comme par exemple, un dol spécial, elle est considérée comme plus douce. Ainsi, il a été jugé que la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie enfantine est plus favorable que l'article 380*bis*, § 1er, 3° du Code pénal qu'elle remplace, « en ce qu'elle n'incrimine désormais la location, aux fins de prostitution, des chambres ou de tout autre local que si elle a lieu dans le but de réaliser un profit anormal, et, partant, s'applique aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et qui sont jugés après celle-ci »[363].

---

25 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 370). Si la loi est abrogée ou si une loi nouvelle favorable intervient après le jugement ou l'arrêt définitif, le condamné peut être libéré par l'administration pénitentiaire ou faire l'objet d'un recours en grâce.

360 C.C., 21 novembre 2013, n° 160/2013.

361 C.C., 6 juillet 12017, n° 91/2017.

362 Ainsi, la loi du 17 mai 2004 modifiant la loi du 28 décembre 1983 sur le débit de boissons spiritueuses et sur la taxe de patente a-t-elle abrogé l'incrimination de non-paiement de la taxe de patente, avec comme conséquence que, si ce fait ne constituait plus une infraction au jour du jugement, le juge ne pouvait infliger l'amende comminée par la disposition abrogée sans violer l'article 2, alinéa 2 du Code pénal (Cass., 20 septembre 2006). À cet égard, *cf*. F.r KUTY, « Le droit transitoire en matière pénale : la distinction entre les dispositions d'incrimination et de pénalité », obs. sous Mons, 5 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1689.

363 Corr. Bruxelles, 30 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 879 et *Journ. proc.*, 1995, p. 26.

Il en va de même lorsque la loi introduit une cause de justification ou une cause d'excuse[364] ou limite le champ d'application d'une circonstance aggravante. Ainsi, la loi du 19 janvier 1990 abaissant l'âge de la majorité civile à dix-huit ans a implicitement restreint le champ d'application des circonstances aggravantes visées à l'article 2*bis* de la loi du 9 juillet 1975 sur les drogues, concernant les infractions commises à l'égard d'un mineur. La peine établie au moment du jugement différant de la peine établie au moment de l'infraction, il convient d'appliquer la peine la moins forte[365]. Dans le même sens, lorsque la disposition nouvelle prévoit des conditions d'incrimination plus sévères que la disposition ancienne, mais punit les faits d'une peine moins sévère, il convient d'appliquer la peine prévue par la disposition nouvelle, tout en veillant à ce que les conditions d'incrimination de la disposition ancienne soient remplies[366].

Si la Cour de cassation précise que l'article 2 du Code pénal est étranger aux mesures de sûreté, telle la mesure d'internement, la Cour d'appel de Gand considère que la loi du 5 mai 2014 restreint les possibilités de prononcer la mesure de l'internement, de sorte qu'elle doit être qualifiée de loi plus douce et dès lors s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur[367].

En ce qui concerne la *peine*, différents critères sont retenus afin de déterminer « la peine la moins forte ». Tout d'abord, le critère traditionnel de la nature juridique de la peine. Ainsi, une peine correctionnelle est considérée comme plus sévère qu'une peine de police. Le fait que, par les lois des 4 avril et 3 mai 2003, la détention de cannabis à des fins d'usage personnel soit dorénavant punissable de peines de police, alors qu'elle était auparavant punissable uniquement de peines correctionnelles, a entraîné l'application rétroactive de ces lois[368]. Paradoxalement, il résulte du même principe qu'une amende de vingt-six euros ou une peine de travail de quarante-six heures, constituant toutes deux une peine correctionnelle, sera « systématiquement réputée plus draconienne que sept jours d'emprisonnement », considérée comme une peine de police[369]. De même, une peine criminelle est en principe plus sévère qu'une peine correctionnelle. Cependant, s'il a été longtemps considéré qu'une peine criminelle était plus sévère qu'une peine correctionnelle même si la durée de cette peine criminelle était moindre[370], ce n'est plus le cas aujourd'hui. Dans deux arrêts des 15 décembre et 22 décembre 2011, la Cour constitutionnelle a en effet estimé que la durée de la peine primait sur sa nature pour en évaluer la gravité : « même si la peine d'emprisonnement correctionnel est une peine de nature différente de celle

---

364 Ainsi, par exemple, la loi du 2 juillet 1975 qui, dans l'article 347*bis* nouveau du Code pénal concernant le crime de prise d'otages, prévoit que la libération volontaire de l'otage dans les cinq jours constitue une cause excuse atténuante.

365 Corr. Bruxelles, 31 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 729.

366 Cass., 30 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 64.

367 Gand, 14 novembre 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 348.

368 Corr. Bruxelles, 19 avril 2004, *Journ. proc.*, n° 485, 10 septembre 2004, pp. 25 et Bruxelles, 30 juin 2004, *ibid.*, p. 26). A ce sujet, *cf.* Ch. GUILLAIN, « Cannabis, application de la loi pénale dans le temps et restitution » *ibid.*, pp. 28 et s.

369 S. DERRE, « La hiérarchie des peines. Ou quand l'évolution des éléments à classer rend désuets les critères de classement », *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 142. Cet auteur critique la mobilisation des critères traditionnels : « une modification des principes, en vue de les adapter à la réalité des évolutions législatives tous azimuts en matière de peine, s'impose avec de plus en plus d'acuité. En effet, la multiplication et la diversification des peines principales et accessoires ainsi que la volonté du législateur d'ajuster la sanction aux différents types d'infractions et d'auteurs constituent un phénomène nouveau en droit pénal belge qui rend anachroniques les critères actuels d'appréciation de la mesure des peines ».

370 Cass., 29 mars 1983, *Pas.*, I, p. 813. Une peine de vingt ans d'emprisonnement a ainsi été considérée comme une peine plus douce que dix ans de réclusion (Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, I, p. 353).

de la peine criminelle de la réclusion, ces deux sanctions ont en commun de priver le condamné de sa liberté »[371].

D'autres critères peuvent également être mobilisés pour déterminer la peine la plus douce, comme son caractère (à durée égale, une peine de droit commun est plus sévère qu'une peine politique)[372] ou son objet (à nature juridique identique, l'emprisonnement est plus sévère que l'amende)[373].

La loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police illustre la difficulté à déterminer la douceur ou la sévérité d'une peine dite alternative par rapport aux autres peines principales que sont l'amende et l'emprisonnement. S'agissant d'une peine restrictive de liberté, la peine de travail a été jugée moins sévère que la peine d'emprisonnement, peine privative de liberté[374], de sorte que la peine de travail peut s'appliquer à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 avril 2002 conformément à l'article 2 du Code pénal. La question est plus nuancée concernant l'amende. La peine de travail est *a priori* plus sévère que l'amende, dès lors que son incidence sur la liberté individuelle est plus importante[375], mais cette hiérarchie semble aujourd'hui remise en cause. Ainsi, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 20 juin 2007, considéré que le juge en appel ne méconnaît pas l'effet relatif de l'appel dès lors que, sur le seul recours du prévenu (situation dans laquelle la peine ne peut pas être aggravée), il remplace l'amende correctionnelle encourue devant le premier juge par une peine correctionnelle de travail[376]. De son côté, la Cour constitutionnelle a également « remis implicitement en cause cette hiérarchie traditionnelle des peines, par rapport à la peine de travail, en admettant que cette dernière n'a pas les conséquences économiques que peuvent avoir les peines pécuniaires et en soulignant que la peine de travail est quant à elle une peine consentie »[377]. Par ailleurs, la Cour a également décidé que la loi du 17 avril 2002 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle omet de permettre au prévenu qui a été condamné par défaut à une peine d'amende de solliciter, sur opposition, qu'une peine de travail soit prononcée[378]. Le même raisonnement peut être appliqué, par analogie, aux peines de probation autonome et de surveillance électronique, qui peuvent être prononcées depuis 2016 et qui nécessitent également l'accord du prévenu.

D'autres critères peuvent encore être retenus telle la durée de la peine (c'est en principe le maximum qui est pris en considération[379]), son espèce (une peine obligatoire est plus sévère

---

371 C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011 ; C.C., 22 décembre 2011, n° 199/2011. Sur ces deux arrêts, voy. D. DE BECO et Ch. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 670 et s.

372 Cass., 20 octobre 1947, *Pas.*, I, p. 423.

373 Cass., 31 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 607 ; Cass., 25 février 2003 et Cass., 24 octobre 2007.

374 Cass., 8 janvier 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 534, note A. JACOBS ; Cass., 12 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1317 ; Cass., 12 mars 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 1462.

375 Bruxelles, 17 décembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 49 : « la peine autonome de travail doit être considérée comme un système répressif... plus sévère qu'une peine d'amende, quel qu'en soit le montant ».

376 Cass., 20 juin 2007 ; Cass., 26 septembre 2007.

377 C.A., 11 janvier 2007, n° 4/2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 746 ; C.C., 28 novembre 2007, n° 147/2007, *Nullum Crimen*, 2008, pp. 50 et s. ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 140.

378 C.A., 11 janvier 2007, n° 4/2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 746. A ce sujet, voy. K. Beirnaert, "Werkstraf op verzet na geldboete bij verstek: lacune in de wet? ", note sous C.A., 11 janvier 2007, *R.W.*, 2007, pp. 360 et s.

379 Cass., 17 mars 1924, *Pas.*, I, p. 252. *Cf.* également Cass., 15 juin 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 115 : « lorsque leur maximum est identique, la loi la plus sévère est celle prévoyant le minimum le plus élevé ».

qu'une peine facultative[380]) ou son taux. Il a ainsi été décidé que si deux peines se composent d'une peine d'emprisonnement avec le même maximum et d'une amende dont l'une est obligatoire et l'autre facultative, la peine avec l'amende facultative est toutefois la plus lourde si le maximum de l'amende facultative est supérieur au maximum de l'amende obligatoire[381].

En cas de pluralité de peines, la peine principale est considérée avant la peine accessoire382. Enfin, une peine subsidiaire de déchéance du droit de conduire est considérée comme plus douce qu'une peine subsidiaire d'emprisonnement[383].

Bien qu'on puisse douter de leur compatibilité avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, plusieurs *exceptions* à la rétroactivité des lois pénales plus douces paraissent admises par la jurisprudence[384].

La restriction la plus générale, dont les autres dérivent partiellement, réside dans l'idée que cette règle ne s'applique qu'« à la condition non douteuse que la volonté du pouvoir législatif ait été de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir »[385]. C'est notamment sur cette base que la Cour de cassation a pu admettre que l'article 5, alinéas 1er et 2 du Code pénal, inséré par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, crée une cause d'excuse absolutoire, tout en décidant qu'« il ressort de la circonstance que la loi associe la cause d'excuse absolutoire au fait que la personne morale puisse être sanctionnée, que l'objectif poursuivi par la nouvelle disposition légale n'était incontestablement pas que cette cause exclusive de peine puisse être applicable aux infractions commises sous l'empire de l'ancienne loi »[386]. Pour la Cour, cette solution n'est pas contraire aux articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15, alinéa 1er du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans la mesure où l'article 5, alinéas 1er et 2 du Code pénal n'a pas pour objectif de modifier le caractère pénalement répréhensible des faits[387]. La Cour constitutionnelle a, quant à elle, considéré que l'article 5, al. 2 du Code pénal ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il ne s'applique pas aux faits commis avant son entrée en vigueur.

---

380 Mons, 9 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 669 ; Cass., 13 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 478.

381 Cass., 17 avril 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 403 et la note A. VANDEPLAS, « De bepaling van de zwaarste straf » ; Cass., 12 février 1992, *Pas.*, I, p. 517.

382 Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1220 ; Cass., 11 février 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 1083, note A. DE NAUW ; Cass., 19 mai 2009, Cass., 22 décembre 2009.

383 Cass., 2 novembre 2004 ; Cass., 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 515 ; Cass., 20 avril 2005 ; Cass., 11 mai 2005 ; Cass. 28 juin 2005.

384 D'autant que l'article 15 du Pacte ne prévoit aucune exception et a été adopté sans réserve par la Belgique. En ce sens, voy. O. VANDEMEULEBROEKE, « Propos sur la rétroactivité...' » *op. cit.*, pp. 157-158; F. DERUYCK et B. SPRIET, "De (niet-)retroactiviteit van de decumulbepaling van artikel 5, lid 2, van het strafwetboek: een gesloten discussie?", *T. Strafr.*, 2000, p. 268.

385 Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, I, p. 204 ; Cass., 11 décembre 2002.

386 Cass., 3 octobre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 865, note M. DE SWAEF ; *Contra* : A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, p. 660. *Cf.* également S. COISNE, « Les enjeux du principe de la rétroactivité *in mitius* consacrés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *op. cit.*, p. 58, qui, tout en se ralliant à la solution consacrée par la Cour de cassation, critique sa justification et estime simplement que la condition d'ouverture du principe de la rétroactivité *in mitius* n'est pas remplie dans le cas d'espèce.

387 Cass., 26 février 2002, *Rev. dr. pén. crim*, 2003, p. 1065.

C'est en se fondant sur la même idée que la jurisprudence ne reconnaît pas non plus cette « faveur » aux lois et règlements de circonstances[388], à celles qui présentent un caractère occasionnel ou temporaire[389], aux changements apportés aux décrets d'exécution sans modification de la loi elle-même[390], ainsi qu'aux règlements de roulage[391]. Elle estime, en outre, que la rétroactivité ne peut pas porter atteinte à l'ordre public, aux droits de la défense ni aux droits de la victime[392].

A titre d'exemple, nous pouvons revenir sur l'arrêté royal du 6 septembre 2017 réglementant les substances stupéfiantes, psychotropes et soporifiques, dont l'entrée en vigueur au 26 septembre 2017, pose la question de son application dans le temps. L'existence d'un « cannabis légal » lorsque son taux de THC/THCA est inférieur à 0,2 %, devrait en principe s'appliquer à toutes les infractions commises avant, mais jugées après l'entrée en vigueur de l'arrêté royal, s'agissant sans conteste d'une disposition favorable au prévenu.

Il existe néanmoins une controverse concernant l'application successive de plusieurs arrêtés royaux pris en exécution d'une même loi qui reste inchangée. La Cour de cassation a en effet décidé que l'article 2, alinéa 2, du Code pénal « n'est en règle pas applicable lorsque les infractions aux dispositions prises en vertu d'une loi étant punies des peines prévues par cette loi, des arrêtés réglementaires successifs pris en exécution de ladite loi changent les conditions d'incrimination sans que la loi elle-même ait été modifiée »[393]. Ainsi, la loi pénale plus douce ne rétroagirait pas lorsqu'un arrêté d'exécution antérieur est remplacé par un arrêté royal ultérieur pris en exécution de la même loi que le premier, sans que la loi elle-même ait été modifiée ; en pareil cas, des faits qui, à la date à laquelle ils ont été commis, étaient punissables, restent punissables même si, en vertu de l'arrêté royal ultérieur, pris en exécution de la même loi qui n'a pas été modifiée, ils ne constituent plus, à la date du jugement, un fait punissable[394]. L'explication résiderait dans le fait que l'arrêté subséquent ne ferait qu'adapter les « règles à l'évolution de la société » sans refléter « la manifestation de la volonté du législateur de renoncer à toute répression pour l'avenir »[395]. Outre que cette conception relève d'une fiction qui méconnaît le caractère novateur d'un arrêté d'exécution – en particulier lorsqu'il est adopté sur la base d'une loi d'habilitation, comme l'est la loi sur les drogues –, elle ne nous semble pas compatible avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques295[396] et l'article 49.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

---

388 Cass., 29 avril 1969, *Pas.*, I, p. 769.

389 Bruxelles, 30 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 175 ; Cass., 20 janvier 2004.

390 Cass., 27 octobre 2020, P.20.0599.N. https://juportal.be/.

391 Cass., 29 février 1932, *Pas.*, I, p. 87 ; Cass., 12 décembre 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 354, note.

392 Cass., 21 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 281 (une loi qui modifie les modalités de réparation d'une infraction n'a pas d'effet rétroactif). La question de l'action civile est controversée. L'effet rétroactif d'une loi est sans incidence sur la compétence de la juridiction pénale pour connaître de l'action civile (Anvers, 4 septembre 1987, *Pas.*, II, p. 214 ; *contra* : Bruxelles, 21 octobre 1987, *Pas.*, 1988, II, p. 44).

393 Cass., 29 octobre 1985, *Pas*., 1986, I, p. 234 ; Cass., 27 mai 1992, *Rev. dr. pén. crim*., 1992, p. 875 ; Cass., 21 février 1995, R.G. n° P.93.1119.N, *Pas*., 1995, I, p. 199.

394 Cass. (2e ch.), 20 novembre 2007, R.G. n° P.07.1109.N, *Arr. Cass*., 2007, n° 11, p. 2229.

395 Cass., 4 juillet 1949, *Pas*., 1949, I, p. 502 (cit. par J.-B. ANDRIES, « Actualités en matière de stupéfiants », « Actualités en matière de stupéfiants », in De Valkeneer, C. et Bosly, H. D. (coord.), *Actualités en droit pénal 2019*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 105, qui partage la conception de la Cour de cassation.

396 S. COISNE, « Les enjeux du principe de la rétroactivité in mitius consacrés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Rev. dr. pén*., 2006, pp. 5 et s.

§ 2. L'application de la loi pénale dans l'espace

Les principes qui régissent le champ d'application de la loi pénale dans l'espace[397] sont consacrés aux articles 3 et 4 du Code pénal qui affirment, d'une part, le principe de la territorialité et, d'autre part, l'exception de l'extraterritorialité.

A. Le principe de la territorialité

L'article 3 du Code pénal dispose que :

> « L'infraction commise sur le territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois belges ».

Il découle du principe de la territorialité que toutes les infractions qui sont commises en Belgique, quelque que soit la nationalité de l'auteur ou de la victime[398], sont punies conformément aux lois belges. Ce principe, adopté par la majorité des pays européens, est lié à la souveraineté de l'État et tient au fondement traditionnel de la justice pénale : le droit pénal protège l'ordre public national, à l'intérieur des frontières du pays.

Il convient de se poser deux questions : qu'entend-on par territoire et quand une infraction est-elle commise sur le territoire de l'État ?

1. Le territoire du royaume

Il n'existe pas de concept proprement pénal de territoire et celui-ci est défini par référence au droit constitutionnel et au droit international. Les auteurs distinguent le territoire réel et le territoire fictif[399].

Le territoire *réel* est composé, tout d'abord, de l'espace terrestre. Celui-ci est fixé par les traités qui établissent les frontières de la Belgique. Il comporte le réseau fluvial intérieur ainsi que les ports, les côtes, de même que le plateau continental[400]. L'espace maritime, ensuite, est constitué par la mer territoriale qui s'étend jusqu'à 22,224 km des côtes[401]. Si l'État riverain peut prendre des mesures de police ou de sûreté[402], les autorités judiciaires ne peuvent, en principe, intervenir pour des infractions commises à bord d'un navire étranger circulant dans la mer territoriale[403].

---

397 Il s'agit de la loi nationale car le champ d'application des décrets et des ordonnances, tout comme d'ailleurs celui des règlements provinciaux, communaux et d'agglomération est limité aux communautés, régions, provinces, communes ou agglomérations qui les concernent. *Cf. supra*.

398 Et ce, même s'ils n'y résident pas.

399 *Répertoire pratique du droit belge,* Complément, t. IV, v° Infractions et répression en général, Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 1972, n° 109.

400 Loi du 13 juin 1969 sur l'exploration et l'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental.

401 Loi du 6 octobre 1987 fixant la largeur de la mer territoriale de la Belgique.

402 Cass., 23 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. : « Les eaux territoriales, étant une étroite dépendance du domaine terrestre, sont soumises au pouvoir de police et de sûreté de l'État riverain ».

403 Sauf si les conséquences de l'infraction s'étendent à l'État riverain (et notamment si un national est en cause), si l'ordre public dans le port est troublé, si le capitaine fait appel aux autorités locales ou s'il s'agit d'un trafic illicite de stupéfiants (art. 16 et 19 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, approuvée par la loi du 29 juillet 1971).

Il en va de même pour l'espace *aérien* où l'État est souverain sur l'espace atmosphérique qui surplombe son territoire terrestre et la mer territoriale.

Le territoire *fictif* est constitué par le « territoire flottant » qui est soumis à la loi du pavillon ou de l'immatriculation. Ainsi, le nouveau Code belge de la navigation du 8 mai 2019 énonce que « les délits maritimes commis à bord d'un navire belge sont réputés commis sur le territoire de la Belgique » (art. 4.3.3.2, § 1er) et que « les poursuites (…) peuvent avoir lieu même si l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire de la Belgique » (art. 4.3.3.2, § 4). La loi du pavillon s'applique à d'autres infractions, telles le trafic illicite de stupéfiants ou de migrants, les actes contre la sécurité de la navigation maritime ou, encore, les faits de piraterie internationale. Ces infractions, commises à bord d'un navire belge, sont réputées avoir été commises sur le territoire belge et leur poursuite relève de la compétence du parquet fédéral (art. 4.5.1.7).

Il en va de même des infractions commises à bord d'un aéronef belge en vol qui « sont réputées commises en Belgique et peuvent être poursuivies même si l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire du royaume » (art. 36 de la loi du 27 juin 1937 relative à la réglementation de la navigation aérienne). Les avions étrangers sont assimilés au territoire étranger, sauf si l'auteur ou la victime est belge ou si l'avion atterrit en Belgique après l'infraction (art. 36, al. 3, de la même loi).

Pour vérifier l'application du principe de territorialité de la loi pénale, le juge doit constater que le délit ne se rattache, par aucun de ses éléments constitutifs, au territoire national[404].

Il existe néanmoins des exceptions où les infractions, bien que commises sur le territoire belge, échappent à la compétence des tribunaux belges. On peut notamment citer des immunités personnelles qui s'attachent à certains diplomates. Les ambassades étrangères accréditées en Belgique ne bénéficient pas pour autant du principe d'extra-territorialité[405] de sorte que le crime ou le délit qui y est commis, par un Belge ou par un étranger, qui ne fait pas partie du personnel diplomatique ou de la famille de celui-ci, sera traité comme une infraction commise sur le territoire national, conformément aux lois belges[406].

2. La localisation de l'infraction

a) La théorie de l'ubiquité objective

Si l'ensemble de l'infraction se déroule dans un seul et même lieu, elle est, bien sûr, localisée à cet endroit[407]. Mais des difficultés pourraient surgir dans les situations complexes, c'est-à-dire lorsque les éléments constitutifs de l'infraction se réalisent sur le territoire de plusieurs États ou lorsqu'il s'agit d'une infraction continue, d'habitude ou collective se produisant sur le

404 Cass., 10 mars 2021, R.G. P.20.1295.F, *Pas*., 2021, à sa date ; *J.L.M.B*., 2021, p. 1122, note F. Kuty, « Le critère de la compétence territoriale des juridictions pénales ».

405 E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit*., p. 117, n° 394.

406 F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, t.2, p. 404 ; Chr. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 2e éd., Anvers, Maklu, 1994, t. 2, p. 495.

407 En ce qui concerne une infraction d'omission, il a été jugé qu'elle est réputée commise au lieu où l'obligation non respectée doit être exécutée (Cass., 31 octobre 2001).

territoire de plusieurs États[408]. La loi belge, contrairement à d'autres législations[409], ne définit pas le lieu de l'infraction.

La théorie actuellement admise par la jurisprudence et adoptée par la doctrine est celle de *l'ubiquité objective* : les tribunaux belges sont compétents pour juger une infraction dont un des éléments constitutifs ou aggravants matériels a été commis en Belgique, même si elle n'a pas été entièrement commise en Belgique[410]. Ainsi, un délit de corruption a pu être jugé par les tribunaux belges pour la raison que deux de ses éléments constitutifs, la qualité de la personne corrompue et le but des manœuvres corruptrices, se localisent en Belgique[411]. En matière d'usage de faux, la juridiction belge peut connaître d'un faux en écritures commis à l'étranger alors que le faussaire a fait usage en Belgique de la pièce fausse : « le faux en écritures, commis à l'étranger, a entraîné la compétence des juridictions belges, en raison de l'indivisibilité créée par l'objectif[412]. En revanche, en matière de recel, il a été considéré que l'infraction n'est pas localisée sur le territoire belge, en vertu de l'article 3 du Code pénal, pour la seule raison que l'infraction à l'origine du recel de la chose a été commise en Belgique[413].

On notera ici que :
- en matière de participation criminelle, un acte de participation réalisé à l'étranger sera considéré comme accompli en Belgique si l'infraction principale est commise en Belgique et le participant dès lors passible d'être jugé en Belgique : « lorsque l'un des éléments constitutifs de l'infraction, en l'occurrence la participation à une association de malfaiteurs, a été commise sur le territoire d'un État, l'infraction est supposée y avoir été commise dans son intégralité »[414].
- réciproquement, un acte de participation en Belgique à une infraction principale commise à l'étranger ne devrait pas fonder la compétence des juridictions belges[415]. Il a pourtant été jugé que l'acte punissable de participation à la fabrication de stupéfiants à l'étranger, commis sur le territoire belge, est considéré comme une infraction commise en Belgique[416].

---

408 Sur les infractions instantanées et continues, *cf. infra*.

409 Notamment l'article 113-2 du Code pénal français : « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République française dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce terrioire ».

410 M.-A. BEERNAERT, H. D BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, La Charte, 9ème éd., 2021, Tome I, p. 98 ; Fr. KUTY, « Le critère de la compétence territoriale des juridictions pénales », *J.L.M.B.*, 2021/25, p. 1126 ; Bruxelles (mis. acc.), 5 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 387, obs. Fr. JONGEN ; Cass., 23 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 534 ; Corr. Bruxelles, 20 février 1987, *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 158, n° 6442.

411 Cass., 23 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 534.

412 Cass., 10 mars 2021, R.G. P.20.1295.F, *Pas*., 2021, à sa date ; *J.L.M.B*., 2021, p. 1122, note F. KUTY, « Le critère de la compétence territoriale des juridictions pénales ».

413 Gand, 30 mars 2021, *R.A.B.G*., 2021, p. 1090, obs. J. VANHEULE, « Op zoek naar de grenzen van de territoriale rechtsmacht van de strafrechter en van de strafbaarheid van betrokkenheid bij bendevorming », *R.A.B.G.*, 2021, pp. 1093-1102.

414 Cass., 20 février 1961, *Pas.*, I, p. 664 ; Bruxelles (ch. mis. acc.), 17 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 125 ; Cass., 8 août 1994, *Pas.*, I, p. 670 ; Corr. Bruxelles, 20 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 870.

415 En ce sens, voy. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit*., p. 127, n° 460 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général, op. cit*., p. 77, n° 70 ; Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, La loi pénale, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 422.

416 Cass., 28 juin 1994, *Pas.*, I, p. 654. Voy., également,Cass., 26 février 2002, qui considère que les participants à un transport international de drogue peuvent être poursuivis séparément dans les pays respectifs où ils ont commis les faits (*Pas*., 2002, p. 556). Il faut néanmoins tenir compte des spécificités du contentieux des stupéfiants, notamment au plan international. Sur ce point, voy. S. BRAMMERTZ, « Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen », *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, pp. 1063 et s. et Ch. GUILLAIN, « L'application du principe *non bis in idem* au trafic de drogues. Analyse de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 », *J.T.*, 2007, n° 6257, pp. 144-149.

- notons, toujours en matière de participation criminelle que l'article 11 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose que : « L'étranger coauteur ou complice d'un crime commis hors du territoire du royaume, par un Belge, pourra être poursuivi en Belgique, conjointement avec le Belge inculpé, ou après la condamnation de celui-ci »[417].
- en matière de tentative, sont punis conformément aux dispositions des lois belges, les actes extérieurs constituant le début de l'exécution ''un crime ou d'un délit à l'étranger, commis sur le territoire du Royaume et suspendus ou restés sans effet en raison d'une circonstance indépendante de la volonté des auteurs[418].
- pour les infractions de commission par omission, le délit de non-représentation d'enfant est commis au lieu où doit s'accomplir la remise de l'enfant, en application de la décision à exécuter, indépendamment du lieu de résidence du parent en défaut[419].
- pour le délit continu, d'habitude et collectif, il suffit que l'infraction ait été commise partiellement en Belgique, pour fonder la compétence des tribunaux belges. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le caractère punissable en Belgique et la compétence du juge belge pour une partie de l'infraction continue d'abandon de famille entraîne le caractère punissable et la compétence pour l'ensemble des faits[420].

La théorie de l'ubiquité est qualifiée *d'objective* dans la mesure où elle prend en compte l'infraction elle-même et non l'intention de l'auteur ni les effets de l'infraction[421]. La théorie de l'ubiquité subjective n'est, quant à elle, pas consacrée en droit belge[422]. La résolution entreprise en Belgique de commettre une infraction à l'étranger échappe dès lors, en principe, à la compétence des tribunaux belges puisqu'il s'agit d'un élément subjectif. Ainsi, la préméditation n'a pas été admise comme élément suffisant de localisation en Belgique: « si les tribunaux belges sont compétents pour juger une infraction dont un des éléments constitutifs est réalisé en Belgique, tel n'est pas le cas de la préméditation qui est une circonstance aggravante de l'homicide volontaire ; ... le caractère objectif de la théorie de l'ubiquité appliquée en droit belge a pour corollaire que la résolution entreprise en Belgique de commettre une infraction à l'étranger échappe à la compétence des tribunaux belges, dès lors qu'il s'agit d'un élément subjectif ». L'arrêt admet, en revanche, qu'une « concertation préalable » entre les inculpés constitue un élément suffisant de la localisation en Belgique[423].

La tendance actuelle est d'étendre le territoire d'application du droit pénal par l'élargissement des conditions relatives à la détermination du lieu de l'infraction. Déjà en 1979, la Cour de cassation décidait que, dans le cas de l'émission d'un chèque sans provision, le juge belge est compétent lorsque le compte est domicilié en Belgique[424]. Pour l'*Avant-projet de Code pénal* (1985), l'infraction est « réputée commise sur le territoire du royaume » non seulement « lorsque l'un de ses éléments constitutifs a été, en tout ou en partie, accompli en Belgique », mais aussi « lorsque les effets de l'infraction punissable et commise à l'étranger ont eu ou

---

417 Pour un cas d'application, voy., Cass., 4 mai 2021, P.21.0148.N., https://juportal.be/.

418 Cass., 16 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 75.

419 Cass., 2 octobre 2002, *Pas*., 2002, p. 1796.

420 Cass., 16 mai 1989, *Pas.*, I, 973, *R.W.*, 1989-1990, col. 193.

421 L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, pp. 152-153, n° 227.

422 Voy. D. FLORE, « La poursuite des infractions transnationales dans le domaine du droit financier et boursier », *Rev. dr. pén. crim*., 1998, pp. 134 et s.

423 Cass., 24 janvier 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 721. Cet arrêt contredit, sur ce point, Bruxelles (mis. acc.), 9 novembre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 761.

424 Cass., 23 janvier 1979, *Pas.*, I, p. 582. Voy. J. SPREUTELS, « Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, pp. 237 et s.

pourraient avoir lieu, en tout ou en partie, en Belgique et lorsque l'infraction commise à l'étranger est connexe à une infraction commise en Belgique » (art. 30). Par la fiction utilisée, ce texte permet de retenir non seulement les effets directs et immédiats (ce qui constitue déjà un critère de localisation plus large que celui de l'élément constitutif) mais aussi les effets lointains et seulement probables[425]. À la limite, le juge belge pourrait être compétent dès que l'infraction, par un de ses aspects, offre un quelconque élément permettant de la rattacher à la Belgique[426]. À titre d'exemple, il a été jugé, en matière d'infraction d'abus de confiance, que l'ordre donné à une banque suisse d'encaisser des valeurs et de verser le produit sur un compte bancaire suisse constituait un acte d'appropriation qui fondait la compétence des juridictions belges. Même s'il n'a pas été démontré que l'ordre d'encaissement a été donné à partir de la Belgique, la Cour de cassation a considéré que l'appropriation des valeurs doit être située en Belgique au seul motif que le prévenu résidait en Belgique pendant la période incriminée[427]. S'inspirant du droit français, la *Commission de réforme du droit pénal* (2016) définit le lieu de l'infraction et stipule que « l'infraction est réputée commise sur le territoire du royaume dès lors qu'un de ses éléments constitutifs ou aggravants a lieu matériellement sur ce territoire » (art. 4). Les auteurs disent consacrer la théorie de l'ubiquité objective dans la mesure où « elle prend en compte les faits matériels de l'infraction et non l'intention de l'auteur ni les effets de l'infraction »[428]. On soulignera toutefois que la majorité des circonstances aggravantes porte sur les conséquences de l'infraction[429].

b) L'application du principe non bis in idem

Il subsiste une question, celle de la *concurrence* possible entre plusieurs juridictions pour juger le même fait qui se serait déployé sur le territoire de plusieurs États.

En droit pénal belge, il est traditionnellement admis que la règle *non bis in idem*[430] de l'article 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale[431], qui fait l'objet d'une interprétation restrictive, ne reçoit application qu'aux faits commis à

---

425 Chr. VAN DEN WYNGAERT estime que ce critère est trop large et que l'ensemble de la matière de la localisation de l'infraction devrait être reformulée (« De toepassing van de strafwet in de ruimte. Enkele beschouwingen », *op. cit.*, pp. 512, 515-516).

426 R. SCREVENS, F. GORLÉ, H.-D. BOSLY et Ph. QUARRÉ, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, p. 473. Tel est le sens de Corr. Turnhout, 5 décembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2780, note A. VANDEPLAS.

427 Cass., 26 mai 2009. Dans le même sens, concernant la mise en vente et la publicité illégale de médicaments sur internet, voy. Anvers, 5 mai 2010, où la cour d'appel d'Anvers s'est déclarée compétente au motif que l'offre était consultable en Belgique (*T. Strafr.*, 2010, p. 343 et note J. KERKHOFS).

428 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, op. cit., pp. 1 et 42.

429 Voy. *infra*.

430 La règle *non bis in idem* a pour objet d'interdire, après un jugement définitif d'acquittement ou de condamnation, de nouvelles poursuites pour la même infraction. Pour une étude générale et approfondie de ce principe, voy.. G. STESSENS et T. ONGENA, « Extraterritorialiteit en het *ne bis in idem*-beginsel », *Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 8, Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 93 et s. ; ; L. MAULET , « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un dialogue contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*,2017/109, pp. 107-130 ; J.-P. COLLIN, E.-R. FRANCE, F. ROGGEN, F. ET J. SPREUTELS, « Chapitre 15 - Principe non bis in idem » *in Droit pénal des affaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 352-363.

431 Voy. *infra*.

l'étranger[432]. Il en résulte qu'une infraction partiellement commise en Belgique pourrait y être poursuivie et jugée même après avoir fait l'objet de poursuites et de condamnation à l'étranger (et inversement)[433], ce qui pourrait être considéré comme incompatible avec le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[434].

Sur le plan international, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, § 7), ni le Protocole n° 7 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 4) qui consacrent la règle *non bis in idem*, ne sont applicables en l'espèce : ils ne concernent que les juridictions d'un même État. En revanche, l'article 54 de Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen[435] prévoit l'application du principe *non bis in idem* aux décisions rendues par des juridictions d'États différents pour autant que ceux-ci soient liés par ces Conventions[436]. Le principe est également consacré par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et interdit dorénavant les poursuites et les condamnations en raison d'une même infraction au sein des États membres de l'Union européenne (voir *supra*, Section 3, § 1, C, 2, h).

En ce qui concerne des faits commis uniquement à l'étranger, on signalera que le *principe non bis in idem* s'impose aux juridictions belges et est prévu à l'article 13 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

On soulignera enfin que le principe *non bis in idem* figure dans les Statuts des Tribunaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (art. 10) et le Rwanda (art. 9) ainsi que dans le Statut de la Cour pénale internationale (art. 17 et 20)[437].

B. L'exception de la compétence extraterritoriale

L'article 4 du Code pénal dispose que :

> « L'infraction commise hors du territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, n'est punie, en Belgique, que dans les cas déterminés par la loi ».

S'il est logique que la loi nationale se désintéresse des infractions commises à l'étranger, cette situation s'est rapidement révélée intenable du point de vue des exigences de la défense

---

432 Cass., 20 juin 1977, *Pas.*, I, p. 1070.

433 Cass., 20 février 1991, *Pas.*, I, p. 597 ; Cass., 19 juin 2001.

434 Fr. RIGAUX, « L'exercice de la justice répressive », *Ann. Dr.*, 1985, p. 38, n° 27 ; Ch. GUILLAIN, « L'application du principe *non bis in idem* au trafic de drogues. Analyse de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 », *op. cit.*

435 Voy. *supra*

436 Encore faut-il que le juge belge considère, selon son appréciation souveraine, que les faits dont il est saisi sont les mêmes que ceux qui ont été jugés à l'étranger (Cass., 28 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 631 631 ; Cass., 6 janvier 2021, P.20.0028.F, concl. Procureur général D. VANDERMEERSCH) et que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie, soit actuellement en cours d'exécution on ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante qui l'a condamné (Cass., 23 mai 2000, *J.T.*, 2001, p. 450).

437 Pour plus de précisions, cf. D. BERNARD, Juger et juger encore les crimes internationaux. Etude du principe *ne bis in idem, op. cit.*

sociale[438] et des exceptions à la territorialité se sont multipliées dès le XIXe siècle. Le principe d'une compétence extraterritoriale a ainsi été reconnu « dans les cas déterminés par la loi » (art. 4 C.P.). Ceux-ci sont énumérés aux articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale[439].

Dans l'état actuel du droit, la compétence extraterritoriale constitue une exception au principe de la territorialité. Il en résulte que l'infraction « commise hors du territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, n'est punie, en Belgique, que dans les cas déterminés par la loi » (art. 4 C.P.)[440]. En l'espèce, l'énumération des cas de compétence extraterritoriale (art. 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale) est limitative et ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Nous observons toutefois un élargissement progressif des cas de compétence extraterritoriale, ce qui à terme amènera sans doute à inverser l'articulation du principe et des exceptions.
De manière générale, lorsqu'une infraction commise à l'étranger peut être jugée en Belgique, la poursuite est facultative (« pourra »), elle est en principe subordonnée au fait que l'inculpé est trouvé en Belgique[441], la règle *non bis in idem* s'applique (art. 13)[442] et l'inculpé est soumis aux lois belges (art. 14). En outre, dans certains cas, la loi subordonne l'intentement des poursuites à l'avis officiel de l'autorité étrangère, à la plainte préalable de la victime[443] ou à la requête du procureur du Roi.

1. Les cas de compétence extraterritoriale

Les cas de compétence extraterritoriale sont fondées sur quatre principes généraux.

Le premier principe est celui de la *protection* (compétence réelle) afin, notamment, d'assurer la défense de l'État belge contre les crimes et délits commis en dehors du territoire, par des Belges (ou toute personne ayant sa résidence principale en Belgique)[444] ou par des étrangers,

---

438 A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op. cit.*, p. 60, n° 105 : « Mais le principe de la défense sociale, qui justifie le droit de punir à l'intérieur du territoire, le justifie également pour des actes coupables commis hors du territoire. L'Etat a le droit de punir quand la conservation de son ordre public l'exige ».

439 Le législateur a donc estimé qu'il s'agissait d'une question de compétence des tribunaux alors que, dans d'autres droits (en Suisse, en Allemagne, en Italie, en Hollande, en Suède notamment), il s'agit d'une question de droit pénal matériel (la compétence n'étant qu'une conséquence du champ d'application de la loi). La Commission pour la révision du Code pénal suggère d'intégrer ces dispositions dans le Code pénal lui-même (*Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, pp. 33-34). La *Commission de réforme du droit pénal* (2016) estime au contraire que cette question relève de la procédure pénale (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, op. cit.*, p. 42. L'enjeu réside notamment dans l'application des principes généraux du droit pénal tel le principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

440 Voy. D. FLORE, « Le jugement répressif au-delà des frontières nationales », *Ann. Dr.*, *op. cit.*, p. 139.

441 Cette condition est cependant interprétée largement, en ce sens qu'il suffit, qu'après la commission de l'infraction et avant l'engagement des poursuites, l'inculpé soit venu en Belgique et y ait été rencontré ou trouvé, même s'il a quitté le territoire avant les premiers actes de procédure (Bruxelles, (mis. acc.), 9 novembre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 761 ; Cass., 30 mai 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 51 ; Cass., 20 mars 2019, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, p. 970 et concl. D. VANDERMEERSCH). Néanmoins, cette règle connaît de nombreuses exceptions inscrites à l'article 12 du Titre préliminaire, notamment concernant les infractions terroristes ou les violations graves du droit international humanitaire.

442 Cass., 10 juin 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 704.

443 Cass., 10 juin 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 704.

444 Notons que cette condition doit être remplie au plus tard au moment de la mise en mouvement de l'action publique et qu'il suffit que le suspect ait passé un certain temps sur le territoire belge et qu'il y ait été rencontré

soit qui portent atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de celui-ci (art. 6, 1° et 10, 1° Titre préliminaire du Code de procédure pénale), soit qui sont dirigés contre la foi publique de l'État belge (art. 6, 2° et 10, 2°)[445].

Le deuxième principe est celui de la *personnalité active* qui tient compte de la nationalité ou de la résidence de l'auteur de l'infraction[446] et qui est un corollaire du principe de la non-extradition des nationaux : tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale en Belgique qui s'est rendu coupable, en dehors du territoire, d'un fait qualifié crime ou délit par la loi belge peut être poursuivi en Belgique si le fait est puni par la législation du pays où il est commis : c'est l'exigence de la double incrimination qui doit être appréciée par le juge du fond[447] (art. 7 et 11). Par ailleurs, sous réserve de certaines conditions, la nationalité belge ou la résidence en Belgique fonde également la compétence des juridictions belges à l'égard de l'auteur qui s'est rendu coupable, à l'étranger, d'un crime ou d'un délit dirigé contre la foi publique d'un Etat étranger (art. 6, 3°), d'une violation grave du droit international humanitaire ou d'une infraction terroriste (art. 6, 1°*bis* et *ter*), d'une infraction en matière forestière, rurale, de pêche ou de chasse commise sur le territoire d'un pays limitrophe (art. 9), de faits de corruption à l'encontre de personnes qui exercent une fonction publique dans un État étranger ou dans une organisation de droit international public[448] (art. 10*quater*, § 2).

Le troisième principe est celui de la *personnalité passive* qui s'attache à la nationalité de la victime et entend protéger les intérêts des victimes belges d'une infraction commise à l'étranger : peut être poursuivi en Belgique l'étranger qui a commis un crime contre un ressortissant belge pour autant que le fait soit punissable en vertu de la législation du pays où il a été commis d'une peine d'emprisonnement supérieure à 5 ans (art. 10, 5°). Sur la seule requête du procureur fédéral, les juridictions belges sont également compétentes pour juger l'étranger qui a commis, hors du territoire belge, une violation grave du droit international humanitaire contre une personne qui, au moment des faits, est un ressortissant belge ou un réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence habituelle ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique (art. 10, 1°bis). Par ailleurs, fonde également la compétence des juridictions belges l'étranger qui a commis, hors du territoire, une infraction prévue au Livre II, titre I*ter* du Code pénal (infractions terroristes) contre un ressortissant ou une institution belge, ou contre une institution de l'Union européenne ou d'un organisme créé conformément à un Traité européen ou au traité sur l'Union européenne et qui a son siège dans le Royaume (art. 10*ter*, 4°). La situation de guerre est prévue de manière particulière (art. 10, 4°)[449].

---

ou trouvé après la commission de l'infraction (Cass., 17 juin 2020, R.G. P.19.1223.N, *Pas*., 2020, à sa date, Arr. Cass., 2020, à sa date, concl. M.P.).

445 A certaines conditions, la compétence du juge belge est également établie pour les faits de corruption, prévus aux articles 246 à 249 du Code pénal (art. 10*quater*).

446 La notion de résidence ne signifie pas que le séjour doive être régulier en Belgique. Cette règle attributive de compétence extraterritoriale aux juridictions belges ne subordonne pas cette compétence à la fixation de la résidence principale du suspect de tels faits dans le Royaume avant leur commission (Cass., 4 novembre 2020, RG. P.20.1061.F, H. BOSLY, E. DELHAISE, D. VANDERMEERSCH, F. KUTY, N. COLETTE-BASECQZ, O. NEDERLANDT, L. KENNES, « Chronique semestrielle de jurisprudence pénale 1/2021 », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021/5, p. 418).

447 Cass., 27 avril 1976, *Pas.*, I, p. 938 ; Cass., 29 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 150.

448 Cass., 10 mars 2021, R.G. P.20.1295.F, *Pas*., 2021, à sa date ; *J.L.M.B*., 2021, p. 1122, note F. KUTY, « Le critère de la compétence territoriale des juridictions pénales ».

449 P. MAHILLON, « Des extensions récentes à la possibilité de poursuites à raison d'infractions commises hors du territoire du Royaume », *Rev. dr. pén. crim.*, 1948-1949, pp. 513 et s.

Enfin, le dernier principe est celui de la *compétence universelle* qui implique la solidarité des Etats dans la lutte contre la criminalité qui porte atteinte à l'ordre international et au respect des obligations internationales (art. 10, 3° et art. 10*bis*).

2. La compétence universelle

Depuis la fin des années 1980 et surtout durant les années 1990, le principe de la compétence universelle a connu des développements nouveaux, dans des matières particulièrement sensibles[450]. La compétence universelle « consiste en l'aptitude d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et celle de la victime »[451]. Elle se distingue « des critères traditionnels de compétence extraterritoriale (...) par l'atténuation, voire même la suppression de tout lien de rattachement avec le pays du for »[452]. Le fondement de ce principe réside dans la communauté d'intérêts ou de valeurs à caractère universel dont la protection relève de la responsabilité commune des Etats. Son objectif est de rendre plus effective la répression de la criminalité internationale et, de cette manière, empêcher l'impunité pour les infractions les plus graves. La compétence universelle évite, en effet, tout conflit négatif de compétence et, partant, tout déni de justice. Elle répond à ce titre à la demande de nombreuses victimes de crimes de droit international humanitaire qui se plaignent de l'absence de *for* pour faire juger les faits qu'ils entendent dénoncer.

À l'instar de D. VANDERMEERSCH, nous pouvons distinguer la compétence universelle obligatoire résultant des conventions internationales et la compétence universelle autonome ou volontaire, établie par le législateur en dehors de toute obligation internationale.

a) La compétence universelle obligatoire

Différents instruments internationaux, régionaux ou universels, imposent aux États, pour certaines infractions particulièrement graves et qui constituent des crimes de droit international, l'obligation de donner compétence à ses juridictions pour juger les auteurs présumés, quand bien même les infractions auraient été commises à l'étranger et que les auteurs ne seraient pas des nationaux de cet État. Ici, la compétence universelle procède du principe « *aut dedere aut judicare* » aux termes duquel les États sont obligés soit d'extrader (ou de transférer à la juridiction internationale), soit de poursuivre et de juger eux-mêmes les auteurs d'infractions. Dans cette hypothèse, les juridictions nationales sont donc compétentes, quels que soient le lieu de l'infraction, la nationalité de l'auteur et celle de la victime.

Une telle obligation « d'extension de compétence » se trouve, notamment, dans les Conventions de Genève du 12 août 1949[453], dans la Convention européenne pour la répression

---

450 De manière générale, voy. A. BAILLEUX, La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale, Bruxelles, Bruylant, 2005.

451 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », *Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 8, *op. cit.*, p. 41.

452 H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 109.

453 Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (art. 49) ; Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (art. 50) ; Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre (art. 129) ; Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (art. 146) ; Protocole (I) additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (art. 85, § 1er).

du terrorisme du 27 janvier 1977 (art. 6.1 et 7) ainsi que dans l'article 5.2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de New York du 10 décembre 1984. En matière de droit international humanitaire, aucun principe de compétence universelle obligatoire n'est cependant prévu en matière de crime contre l'humanité ni en ce qui concerne la répression du crime de génocide.

En ce qui concerne les conditions de l'exercice de la compétence universelle obligatoire, contrairement au caractère facultatif des poursuites dans les cas de compétence extraterritoriale, les autorités sont tenues d'exercer des poursuites en droit interne si elles refusent l'extradition. Toutefois, à défaut d'initiative du ministère public, les victimes peuvent mettre l'action publique en mouvement en se constituant partie civile entre les mains du juge d'instruction. Comme l'observe D. VANDERMEERSCH, cette situation a donné « une dimension particulière » à la compétence universelle dans la mesure où, en matière de droit international humanitaire, il semble que le ministère public ait rarement été le moteur de la mise en mouvement de l'action publique et que c'est pratiquement toujours sous l'impulsion des parties civiles que des poursuites ont été ouvertes devant les juridictions nationales[454].

Enfin, afin de garantir la mise en œuvre en droit belge des obligations internationales, la loi du 11 juillet 2001 a introduit un article 12*bis* dans la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale qui dispose que « les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du royaume et visées par une convention internationale liant la Belgique, lorsque cette convention lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites ». Comme cela avait déjà été suggéré par certains auteurs[455], il s'agit donc désormais d'une norme à caractère général qui assure la transposition automatique en droit interne des obligations contractées sur le plan international. Cette disposition « permet de faire l'économie d'une nouvelle disposition en droit interne lors de chaque ratification d'une convention internationale introduisant un nouveau chef de compétence universelle obligatoire »[456].

b) La compétence universelle autonome

Comme d'autres pays, la Belgique a adopté, sur une base volontaire, des législations propres qui créent des critères de compétence universelle plus larges que ceux qui résultent des conventions internationales. La question de l'opportunité et de la légitimité de la compétence universelle se pose évidemment de manière différente dans ce cas de figure lorsque c'est l'État lui-même qui attribue cette compétence à ses juridictions dans les matières qui ne sont pas couvertes par une convention internationale ou lorsque la compétence accordée excède ce qui est exigé par le droit international. Ainsi, si la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire ne concernait que les crimes de guerre, la loi du 10 février 1999 a étendu son champ d'application aux crimes contre l'humanité et aux

454 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit, op. cit., p. 57.

455 Voy. Chr. VAN DEN WYNGAERT, "De toepassing van de strafwet in de ruimte. Enkele beschouwingen", *op. cit.*, pp. 516-517, 522 ; Fr. THOMAS, "De internationale gelding van de strafwet in de ruimte", *op. cit.*, p. 207 ; G. STARKLE, "Piraterie en haute mer et compétence pénale internationale", *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, pp. 735 et s.

456 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », *op. cit*., p. 45.

crimes de génocide[457]. Ainsi que l'observe D. VANDERMEERSCH, la Belgique est allée au-delà des obligations conventionnelles contractées à la suite de la ratification des Conventions de Genève, et ce sur plusieurs points : incriminations *sui generis*[458], extension de la loi aux conflits non internationaux, compétence universelle sans exigence de lien de rattachement[459]. Elle a été considérée à l'étranger comme pionnière en la matière[460].

À la suite des événements qui se sont déroulés au Rwanda en 1994 et à la venue de nombreux réfugiés en Belgique, la loi du 16 juin 1993 a connu une première application lors du procès qui s'est déroulé devant la Cour d'assises de Bruxelles. Par un arrêt du 8 juin 2001, celle-ci a reconnu les quatre accusés coupables de crimes de guerre[461]. Depuis lors, d'autres procès en cour d'assises ont suivi (2005, 2007 et 2009)[462], dont le dernier s'est tenu en novembre 2019 et a condamné un accusé à vingt-cinq ans de réclusion pour crimes de guerre et crime de génocide envers les Tutsis[463].

1) Les difficultés de la mise en œuvre[464]

La mise en œuvre de la compétence universelle dans le cadre de la loi du 16 juin 1993 a posé certaines questions, notamment sur le plan des immunités[465] ou quant à l'exigence de la présence de l'accusé sur le territoire pour l'exercice de poursuites. Alors que l'article 12 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit expressément que la poursuite des infractions ne peut avoir lieu que si l'inculpé est trouvé en Belgique, la loi du 16 juin 1993

457 Voy. *supra*, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 1. Le droit international, A. Le droit international pénal, 2. Les difficultés de la répression.

458 La loi du 22 avril 2003 a inscrit les infractions de droit international humanitaire dans le Code pénal Voy. *supra*, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 1. Le droit international, A. Le droit international pénal, 3. La Cour pénale internationale, b) Les premières étapes.

459 D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », Poursuites pénales et extraterritorialité. Strafprocesrecht en extraterritorialiteit, op. cit., p. 51.

460 Voy. S. DEKLERCK, « The Principle of Universal Jurisdiction: Belgium's Anti-Atrocity Law », *Peking University International and Comparative Law Review*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 295 et s. ; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Bruxelles - Paris, Bruylant, *L.G.D.J.*, 2010, pp. 173 et s.

461 Voy. Fr. DIGNEFFE, « Réflexion sur quelques difficultés du jugement pénal en situation. A propos du procès d'assises des quatre accusés rwandais », *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 971 ; B. CHAPAUX, « La compétence universelle », *in* L. BONVENT, M.-F. PLISSART (sous la dir. de) *Les ombres du palais*, 1ère ed., Larcier, Bruxelles, 2019, pp. 167-170.

462 Pour une information détaillée sur ces procès, cf. P. MEIRE et D. VANDERMEERSCH (dir.), *Génocide rwandais : le récit de quatre procès devant la Cour d'assises de Bruxelles*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°19, Bruxelles, La Charte, 2011.

463 Cass. (2e ch., F.), 27 mai 2020, P.20.0146.F, *Rev. dr. pén. crim.,* 2020/9, pp. 959-975, note S. DEPREZ.

464 D. VANDERMEERSCH, « Prosecuting international crimes in Belgium », *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 400 et s.; H.-D. BOSLY, « La compétence extraterritoriale relative aux crimes de droit international humanitaire. Evolution du droit belge pendant une décennie », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, *op. cit.*, pp. 1021 et s.

465 Cette question a été soulevée par la République démocratique du Congo devant la Cour internationale de justice suite à un mandat d'arrêt international délivré en Belgique à l'encontre d'un ministre congolais. L'arrêt du 14 février 2002 de la Cour internationale de justice conclut, sur base du droit international coutumier, que « les fonctions d'un ministre des Affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions », Cour internationale de justice, 14 février 2002, arrêt *République démocratique du Congo c. Belgique* et l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Chr. VAN DEN WYNGAERT, *J.T.*, 2002, pp. 282 et s. et les observations de J. D' ASPREMONT LYNDEN et F. DOPAGNE.

relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire précise que cette disposition « doit être interprétée comme s'appliquant sans considération du lieu où l'auteur présumé du crime peut être trouvé »[466].

2) Des limitations

Afin de renforcer la légitimité de l'intervention du juge belge, certains auteurs ont suggéré d'apporter certaines modifications à la législation existante[467]. Prenant acte des dernières évolutions du droit international (notamment sur la question des immunités) et de l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2002, du Statut de la Cour pénale internationale[468], la loi du 23 avril 2003 modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144*ter* du Code judiciaire, a permis de mettre fin à des plaintes considérées comme « politiquement abusives ».

La réforme a toutefois été jugée insuffisante et une intervention plus radicale est intervenue avec la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire. Peu de modifications sont apportées sur le plan substantiel. Les infractions de droit international humanitaire, introduites par la loi du 23 avril 2003, sont toujours inscrites aux articles 136*bis* à 136*octies* du Code pénal et leur caractère imprescriptible est maintenu (art. 21, al. 1er du Titre préliminaire du Code de procédure pénale). La règle de l'immunité contenue à l'article 1*bis* du même Code est, quant à elle, renforcée[469].

Le changement le plus profond affecte la procédure. D'un côté, la loi du 5 août 2003 modifie les critères de rattachement territorial. Le principe de personnalité active est appliqué sans restriction tandis qu'une limitation est introduite au principe de personnalité passive : la victime doit, au moment des faits, être de nationalité belge ou résider effectivement en Belgique depuis au moins trois ans. Depuis la loi du 22 mai 2006, le réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence principale est assimilé à la victime de nationalité belge. On est donc passé « d'une compétence universelle étendue dans son sens le plus large à une compétence extra-territoriale sélective »[470]. D'un autre côté, la possibilité de mettre en mouvement l'action publique par une constitution de partie civile est supprimée. Désormais, il revient au procureur fédéral d'engager des poursuites dans les cas et pour les infractions désignées par la loi et sa décision ne peut faire l'objet d'aucun recours (art. 16, 2° et 18, 4° de la loi modifiant les articles 6, 10 et 12*bis* de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale). Dans son arrêt du 23 mars 2005, la Cour d'arbitrage a considéré que « le législateur a pu raisonnablement estimer que des limitations à la compétence pénale extraterritoriale relative aux violations

---

466 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, n° 2-1255/1; voy. « Les juges du Parlement », *J.T.*, 2002, p. 572 ; L. DUTROUX, « Loi interprétative et loi rétroactive : quelle différence », *Journal du Juriste*, 2003, n° 19, p. 9.

467 Voy. D. VANDERMEERSCH, « Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge », *Actualité du droit international humanitaire*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 6, *op. cit.*, pp. 147-166.

468 *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 1256/1.

469 P. D'ARGENT, « Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003 », *La compétence universelle*, *op. cit.*, pp. 191 et s.

470 Voy. A. SCHAUS, « Introduction », *La compétence universelle*, *op. cit.*, p. 12. Voy. également les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH sous Cass., 30 mai 2007: « Alors qu'antérieurement, le droit belge consacrait, dans la loi du 16 juin 1993 relative aux crimes de droit international humanitaire, le principe d'une compétence universelle 'à l'état pur' sans aucune exigence de critère de rattachement avec l'Etat du for, la loi du 5 août 1993 (...) traduit la volonté du législateur de se recentrer sur les critères classiques de compétence en exigeant un point de rattachement personnel ou territorial avec l'Etat du for ». En revanche, les poursuites ne sont pas conditionnées à la présence de l'inculpé sur le territoire belge.

graves du droit international humanitaire s'imposaient, et instaurer notamment un critère de rattachement personnel de l'auteur ou de la victime avec le pays. Il a également pu raisonnablement estimer nécessaire de limiter dans certains cas les possibilités de mise en mouvement de l'action publique, en réservant ce pouvoir au procureur fédéral »[471]. En revanche, la Cour annule les dispositions relatives au procureur fédéral – estimant que ce rôle doit être dévolu à un juge indépendant et impartial – et à l'absence de recours (art. 10, 1°*bis*, al. 2 et art. 12*bis*, al. 2 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale).

Si certains estiment que la loi du 5 août 2003 constitue une regrettable régression, d'autres pensent au contraire que « les autorités belges privilégient désormais la modestie et la coopération dans leur promotion du droit international humanitaire »[472]. La compétence universelle pose en définitive la question de savoir jusqu'où doit s'étendre la responsabilité d'un Etat lorsque des violations graves de droit humanitaire ont été commises en dehors de ses frontières et quelle est la place dévolue au juge national dans la répression des crimes de droit international humanitaire. La question se pose avec d'autant plus de pertinence que l'avènement de la Cour pénale internationale, qui interviendra de manière complémentaire et subsidiaire, n'enlèvera pas aux juridictions nationales leur rôle[473] : au contraire, elle n'intervient que de manière complémentaire conformément à l'article 17 du Statut de Rome[474].

Section 6. L'interprétation en droit pénal

§ 1. Le problème de départ

Une question nous sert de fil conducteur : l'interprétation en droit pénal a-t-elle une spécificité par rapport à l'interprétation dans les autres branches du droit ? Existe-t-il un particularisme pénal en matière d'interprétation ?

À cet égard, il faut distinguer deux types de situations interprétatives.

La première concerne l'hypothèse où c'est le législateur qui est l'interprète. En vertu de l'article 84 de la Constitution (« l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi ») et 133 de la Constitution (« l'interprétation des décrets par voie d'autorité n'appartient qu'au décret »), une loi interprétative peut venir préciser le sens d'un article du Code pénal ou d'une loi pénale. Il s'agit ici d'une interprétation « authentique » émanant du législateur, qui vient fixer le sens de la loi pénale. Ce type d'interprétation n'a rien de particulier en droit pénal par rapport à l'interprétation existant dans d'autres branches du droit.

---

471 C.A., arrêt 62/2005, 23 mars 2005, *M.B.*, 8 avril 2005 ; voy. N. BENAÏSSA, « La loi de compétence universelle. Commentaire des arrêts rendus les 23 mars et 13 avril 2005 par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2005, pp. 389-391.

472 A. BAILLEUX, « L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse, modestie », *Droit et Société*, 2005, pp. 107 et s.

473 Voy. A. WINANTS et A. DE NAUW, "De complementaire bevoegdheid van het internationaal strafgerechtshof en de Belgische wet op de universele rechtsmacht", *Strafrecht van nu en straks*, sous la direction de A. DE NAUW, Bruges, Die Keure, 2003.

474 ABDOUL AZIZ MBAYE et SAM SASAN SHOAMANESH, *Article 17. Questions relatives à la recevabilité*, in Statut de Rome de la Cour pénale internationale , commentaire article par article, Julian Fernandez, Xavier Pacreau et Muriel Ubeda-Saillard, Paris, Pedone, 2e éd., 2019, p.867 et ss.

La deuxième situation concerne le cas de figure plus classique où l'interprétation est le fait des cours et tribunaux. Ici, en théorie, l'interprétation en droit pénal est soumise à des principes particuliers. Dans la pratique néanmoins, les juges adoptent de manière croissante les critères généraux d'interprétation en droit, ce qui tend à atténuer le particularisme de l'interprétation en droit pénal.

§ 2. Les principes de base selon l'article 45 de l'Avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros (1985)

L'article 45 de l'Avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros (1985)[475] reprend divers principes d'interprétation, conformes aux tendances actuelles de l'interprétation en droit pénal. On s'en servira ici comme « guide » pour comprendre le régime de l'interprétation en droit pénal.

Le principe de base, repris à l'article 45 de cet Avant-projet de Code pénal, dispose que « le droit pénal est d'interprétation stricte » et, corollaire immédiat, que « l'extension de la loi par analogie est interdite ».

À ce principe de base, le commissaire Legros ajoute quatre tempéraments :

1. L'interprétation stricte n'est pas synonyme d'interprétation exégétique ou littérale. Elle s'entend par rapport à la « volonté du législateur raisonnablement comprise ».

2. L'interprétation stricte ne concerne que les *dispositions défavorables au prévenu*. Elle ne concerne pas les dispositions favorables au prévenu.

3. Le *doute sur le sens de la loi* ne profite pas nécessairement au prévenu.

4. Les concepts de droit pénal doivent, en principe, être pris dans leur *sens courant*.

A. Le principe de l'interprétation stricte

1. Un principe rigoureux en théorie, malmené en pratique

Le principe de l'interprétation stricte se trouve déjà évoqué en droit romain et dans le droit canon, au motif que le droit pénal est un « droit odieux » qui a pour fonction essentielle d'infliger une souffrance. Ceci justifie d'en limiter strictement l'application aux cas prévus par la loi.

Au XVIIIe siècle, une conception radicale, promue par BECCARIA, estimait que le seul interprète légitime des lois est « le souverain, c'est-à-dire le dépositaire des volontés actuelles de tous »[476]. L'idéal poursuivi était celui d'un droit pénal à ce point clair et précis que l'interprétation judiciaire en devienne superflue[477]. Très rapidement cependant, le réalisme amène à prévoir dans les Codes pénaux classiques du XVIIIe siècle un principe d'interprétation

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

476 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979, pp. 52-53.

477 *Ibid.*, p. 56.

judiciaire. Mais on limite alors ce pouvoir concédé au juge à une interprétation stricte, la plus respectueuse possible du légalisme pénal et des exigences de prévisibilité et de sécurité juridique. Nous avons hérité de cette conception aujourd'hui, dans un droit pénal où les besoins d'interprétation se sont accrus en raison de l'évolution du principe de légalité au sens substantiel et de la multiplication d'incriminations aux contours flous (voir *supra*).

Aujourd'hui, l'interprétation stricte est donc la règle, comme le rappelle la cour d'appel de Gand, « l'interprétation restrictive des dispositions du droit pénal est l'une des caractéristiques et des garanties d'un Etat de droit »[478]. Ce principe, qui découle du principe de légalité, enjoint au juge, en cas de doute sur le sens ou la portée d'un terme utilisé dans la loi, de lui donner le sens le plus « rigoureux » ou celui qui limite le plus le champ d'application de la loi pénale. La nécessité d'interpréter la loi pénale, tant sur les incriminations que sur les peines, ne vaut qu'en cas de doute sur la portée de la loi. A défaut, le juge doit faire sortir à la loi tous ses effets[479].

Dans la pratique, on constate néanmoins que ce principe est régulièrement malmené. Ainsi, un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 29 avril 2002 estime qu'est constitutif de « violences » au sens de l'infraction de vol avec violences, « un bris de vitre concomitant au vol commis dans une voiture », ayant eu pour conséquence que la victime a été « assourdie et tétanisée par le bruit et la projection de verre ». On ne peut pas dire que l'interprétation soit « stricte ». La décision précise d'ailleurs que dans le cas en cause, « la notion de violences ne doit pas s'interpréter de manière restrictive »[480].

De même, il arrive que le principe soit rappelé, pour être aussitôt dépassé : ainsi, dans une décision du 29 avril 1989, le Tribunal correctionnel de Bruxelles rappelle que « les textes pénaux doivent être interprétés de manière restrictive », mais décide néanmoins que « la panique éprouvée par l'homme constitue une blessure au sens des dispositions légales »[481].

2. Le corollaire du principe de l'interprétation restrictive : l'interdiction de l'interprétation analogique

Le corollaire immédiat du principe de l'interprétation stricte est que l'interprétation par analogie est interdite. Ce type d'interprétation consiste à sanctionner pénalement certains faits qui ne sont pas incriminés par la loi pénale, au motif de leur similitude avec des faits érigés en infraction par la loi pénale. Ce type d'interprétation est interdite au motif qu'elle revient, dans le chef du juge, à créer une nouvelle règle de droit pénal, heurtant ainsi à la fois le principe de légalité des délits et des peines et celui de la séparation des pouvoirs.

Selon certains toutefois, l'interprétation par analogie serait autorisée pour les dispositions favorables au prévenu, soit les dispositions qui ont pour effet de limiter le champ d'application de la loi pénale ou d'alléger la répression[482].

---

478 Gand, 20 mars, 1970, *J.T.*, 1971, p. 497.

479 Cass,. 18 décembre 2013, *Rev. dr. pén*., 2014, p. 555.

480 Corr. Bruxelles, 29 avril 2002, *Journ. Proc.*, 2002, n°49, p. 29, note O. BASTYNS.

481 Corr. Bruxelles, 29 avril 1989, *J.T.*, 1989, p. 697.

482 Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, T.I., La loi pénale, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 227.

3. Le problème de l'interprétation évolutive

Si l'interprétation par analogie est interdite, la Cour de cassation a admis le principe d'une interprétation évolutive[483], laquelle peut prendre deux formes :

1. La première forme consiste à étendre l'application d'une loi pénale ancienne à des faits nouveaux que le législateur était dans l'impossibilité de prévoir à l'époque où il a légiféré. Cette interprétation évolutive est soumise à une double condition[484] :
- il faut que la volonté du législateur d'incriminer le fait nouveau soit certaine (il faut avoir la certitude que le législateur aurait sanctionné ce fait s'il avait pu le prévoir);
- Il faut que le fait nouveau puisse être compris dans la définition légale de l'infraction. A cet égard, la frontière entre l'interprétation évolutive (autorisée) et l'interprétation analogique (interdite) est parfois ténue. Un exemple : l'article 461 du Code pénal réprime la soustraction frauduleuse d'une « chose ». Sur la base de cet article, a été sanctionné le vol de *programmes informatiques*, ce qui revient à considérer qu'un « programme de données informatiques », (les données immatérielles en tant que telles) constitue une « chose », entrant dans la définition légale du vol d'une chose au sens de l'article 461 du Code pénal[485].

2. Le deuxième type d'interprétation évolutive vise à élargir l'application de la loi pénale à des faits connus mais non incriminés à l'époque par le législateur, au motif d'adapter la loi pénale à l'évolution de la conscience sociale. A titre d'exemple, on citera l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987[486], lequel souligne que « si la loi pénale accorde sa protection à l'enfant en train de naître, bien qu'il n'ait pas encore vécu dans la vie extra-utérine, contre tout acte volontaire entraînant sa mort en le considérant comme une personne (art. 396 du Code pénal relatif à l'infanticide), la même protection doit lui être reconnue contre *tout acte involontaire* qui lui cause indirectement ce même mal ».

On le constate, dans les deux cas, la frontière entre interprétation par analogie et interprétation évolutive est ténue et la conclusion est en tous cas que l'on s'éloigne de l'interprétation restrictive.

B. Les tempéraments au principe de la stricte interprétation

Un certain nombre de « tempéraments » (cités par R. LEGROS) semblent également assouplir le caractère rigoureux de l'interprétation stricte.

1. L'interprétation stricte ne signifie pas une interprétation exégétique

L'interprétation stricte n'impose pas une interprétation littérale, se limitant au seul texte de la loi. Il s'agit de rechercher la « volonté raisonnable » du législateur, ce qui autorise le recours à divers supports de l'interprétation. Le juge pourra donc avoir recours :

---

483 *A contrario*, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'une situation « était connue du législateur au moment de la promulgation » de la disposition, elle ne peut être comprise « dans la définition légale de l'infraction » (Cass., 18 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1269).

484 Cass., 25 juin 1956, *Pas.*, I, p. 534; Cass., 21 janvier 1957, *Pas.*, I, p. 584; Cass., 4 mai 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 961; Cass., 11 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 36; Cass., 18 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1269; Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, I, p. 261; Cass., 2 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, n° 2, p. 62.

485 Corr. Bruxelles, 24 juin 1993, *J.L.M.B*, 1994, p. 444. Depuis lors, le faux en informatique (art. 210*bis*) et la fraude informatique (504*quater*) ont été introduits dans le Code pénal.

486 Cet arrêt a déjà été évoqué comme exemple de l'autonomie conceptuelle du droit pénal.

- au texte légal (méthode textuelle) ;
- aux travaux préparatoires (méthode historique) ;
- à l'esprit de la loi (méthode téléologique) ;
- à la cohérence des dispositions légales (méthode systémique).

2. L'interprétation extensive des dispositions pénales favorables au prévenu

Si l'interprétation restrictive est (en principe) la règle pour les dispositions défavorables au prévenu, l'interprétation extensive est parfois (mais pas toujours) reconnue pour les dispositions pénales favorables au prévenu. On trouve à cet égard des décisions en sens divers dans la jurisprudence[487], de laquelle il ressort que, comme le préconisait R. LEGROS, l'interprétation par analogie est autorisée pour les causes de justification, mais pas pour les causes d'excuse.

3. Le doute sur le sens de la loi ne profite pas nécessairement au prévenu

Ici encore, il existe un écart entre théorie et pratique. En théorie, la doctrine consacre l'adage qui veut que « le doute profite à l'accusé ». Lorsque le sens de la loi pénale est douteux, il faut l'interpréter dans un sens favorable à l'inculpé.

Dans la pratique, la Cour de cassation a estimé que le seul doute profitant nécessairement à l'accusé était le doute portant sur la culpabilité relative au fait matériel dont on l'accusait et non le doute sur le sens de la loi[488], conformément à ce que recommandait R. LEGROS : « le doute profite à l'accusé et au prévenu, quand il porte sur les faits. En revanche, quand il concerne l'application de la loi, le juge doit rechercher et affirmer le sens qu'il convient d'attribuer au texte ». Néanmoins, si ce doute subsiste après que le juge ait épuisé toutes les ressources de l'interprétation, il profite à l'accusé[489].

4. Le recours au sens usuel des termes

En principe, les juges doivent interpréter les concepts du droit pénal dans leur sens courant et non dans leur sens technique. Comme le langage courant est plus souple, plus évolutif que le langage juridique, ce renvoi au sens usuel des termes favorise l'interprétation extensive de la loi pénale.

---

487 Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1941 a étendu la présomption de légitime défense de l'article 417, alinéa 3 du Code pénal qui justifie un homicide commis contre l'auteur d'un *vol avec violences contre les personnes* à l'homicide commis en se défendant contre les auteurs d'une *extorsion avec violences contre les personnes* : « le code pénal, tout en constituant l'extorsion en infraction distincte du vol, a néanmoins par l'article 470 assimilé l'auteur d'une extorsion à l'aide de violences ou de menaces à l'auteur d'un vol commis par les mêmes modes ». Par contre, refusant une interprétation extensive de la disposition pénale favorable au prévenu, la Cour de cassation a estimé que la cause d'excuse de provocation ne pouvait être retenue que dans les cas prévus par la loi, parmi lesquels ni le vol, ni la destruction ou la dégradation de propriétés mobilières d'autrui n'étaient compris (Cass., 9 juin 2014, *Pas*., 2004, p. 987).

488 Cass. 23 décembre 1968, *Pas*., 1969, p. 377

489 Cass. 22 février 2012, RG P.11.1809. F, *Pas.*, 2012, n°126 : « Le juge ne doit pas, dans tous les cas, interpréter la loi pénale dans un sens favorable à la personne poursuivie; ce n'est que lorsque le juge ne parvient pas à pénétrer l'esprit de la loi, de sorte que celle-ci est douteuse, qu'il doit l'interpréter dans le sens le plus favorable au prévenu ».

§ 3. L'interprétation dans la proposition d'avant-projet de Livre Ier de la commission de réforme du droit pénal

S'inspirant de l'avant-projet du Code pénal du commissaire LEGROS et des commentaires rédigés par la Commission sur cet avant-projet de Code pénal, la Commission de réforme du droit pénal, composée de Damien VANDERMEERSCH et de Joëlle ROZIE a, au sujet de l'interprétation en droit pénal, rédigé l'article suivant dans sa proposition d'avant-projet de Livre Ier du Code pénal[490] :

> Article 4. L'interprétation de la loi pénale.
> La loi pénale est d'interprétation stricte. Elle ne peut pas s'appliquer par analogie en défaveur de la personne poursuivie.

La Commission a précisé que l'interdiction de l'interprétation analogique s'applique aux lois d'incrimination et de pénalité, et de manière générale à toutes les dispositions qui étendent la loi pénale ou aggrave la répression, mais que cette interdiction ne vaut pas pour les dispositions ayant pour effet, au contraire, de limiter le champ d'application de la loi pénale ou d'alléger la répression[491].

La Commission considère également que rien n'empêche le juge de procéder à une interprétation évolutive de la loi pénale et rappelle que la jurisprudence autorise le juge à ne pas se limiter à l'interprétation littérale de la loi, ce dernier pouvant, dans son travail d'interprétation du texte de loi, recourir aux travaux préparatoires, à l'esprit ou le but de la loi (ratio legis) ou encore à la cohérence des dispositions[492].

---

490 Il s'agit d'une seconde version (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, La Charte, 2019, p. 2). La première version était rédigée comme suit : « Article 5. L'interprétation de la loi : La loi pénale est d'interprétation stricte. Elle ne s'applique pas par analogie » (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 1).

491 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. 43.

492 *Ibid.*, p. 44.

Chapitre II. L'infraction

Section 1. La définition de l'infraction

La notion d'infraction pénale ne fait l'objet d'aucune définition légale en droit belge. L'article 1er du Code pénal fournit des pistes en opérant une distinction tripartite des infractions en fonction de la nature de la peine qui leur est applicable.

Au terme de l'article 1er du Code pénal :
- le crime est l'infraction punie par une peine criminelle ;
- le délit est l'infraction punie par une peine correctionnelle ;
- la contravention est l'infraction punie par une peine de police.

C'est donc la *nature de la peine qui détermine la nature de l'infraction*.

Ce processus de « définition » appelle quatre remarques :

1. Quand on parle d'infraction, il s'agit d'un terme générique qui renvoie à ces différentes réalités juridiques spécifiques que sont le crime, le délit et la contravention. En revanche, les termes « crime », « délit » et « contravention » désignent des catégories d'infractions distinctes, différenciées par la gravité qui leur est attribuée.

2. En droit pénal belge, on connait l'adage *nullum crimen sine poena* (pas de crime sans peine) : l'infraction, pour exister, suppose l'existence d'une peine prévue par la loi. Il n'y a pas de « droit pénal sans peines ». Dès lors, un fait qui fait l'objet d'une sanction non pénale (sanction civile, administrative, disciplinaire, etc.) n'est pas une infraction pénale.

3. A *contrario*, la présence d'une sanction pénale suffit à ériger certains faits en infraction pénale, même si ces faits font conjointement l'objet d'autres types de sanctions (civiles, disciplinaires, administratives ou autres), même si la peine est établie par une loi qui n'est pas spécifiquement pénale, même si la peine est appliquée exceptionnellement par une juridiction non pénale (juridiction militaire).

Ainsi, une infraction peut revêtir une nature mixte, pouvant tantôt être punie d'une sanction administrative, tantôt d'une sanction pénale. Tel est le cas de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales qui prévoit la possibilité pour les communes de sanctionner administrativement certaines infractions du Code pénal (ex : graffitis, tapage nocturne).

Lors de la commission d'une infraction mixte, la répression pénale est prioritaire sur la réponse administrative, de sorte que l'administration communale doit attendre que le parquet prenne attitude quant à d'éventuelles poursuites pénales, avant de pouvoir imposer une amende.

Afin de lutter contre la pandémie de la Covid-19, les autorités ont, à partir du mois de mars 2020, imposé aux citoyens de respecter toute une série de mesures : port d'un masque ou toute autre alternative en tissu dans l'espace ou les transports publics, interdictions d'activités et de rassemblement, interdictions de déplacement, respect des règles de distanciation sociale, etc. Ces mesures trouvent leur base légale dans une série d'arrêtés ministériels pris par le ministre de la Sécurité et de l'Intérieur (arrêté ministériel portant des mesures d'urgence pour limiter la

propagation du coronavirus Covid-19), étant régulièrement modifiés. Ces arrêtés sont pris en exécution notamment des articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Les « infractions Covid-19 » sont donc contenues dans ces arrêtés.

Ces infractions sont « mixtes » car elles sont susceptibles d'être sanctionnées soit pénalement soit administrativement.

Au pénal, l'article 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile punit le refus ou la négligence de se conformer aux mesures ordonnées d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et/ou amende de vingt-six à cinq cents euros.

D'un point de vue administratif, l'arrêté royal n°1 du 6 avril 2020 (appelé arrêté royal SAC) a autorisé les communes, pendant la période de crise coronavirus, à prévoir l'infliction d'une amende administrative de 250eur en cas de non-respect de certains comportements. Cet arrêté était applicable entre le 7 avril et le 30 juin 2020[493]. Si en règle générale, c'est le parquet qui a la main, la tendance était ici inversée afin d'éviter de surcharger les tribunaux. La circulaire du Collège des procureurs généraux prise en la matière[494] préconisait en effet de ne pas exercer de poursuites devant les tribunaux, lorsqu'une commune choisissait d'appliquer une amende administrative. La décision de privilégier l'administratif sur le pénal n'empêchait toutefois pas les poursuites devant les tribunaux, notamment en cas de récidive ou si d'autres infractions avaient été commises de manière concomitante (renvoi au cours de procédure pénale).

4. Afin d'éviter certaines confusions, il faut rappeler la distinction entre incrimination pénale et infraction pénale. L'incrimination pénale renvoie au processus de création de la loi pénale ou, selon les termes utilisés par les théories de la réaction sociale, au processus de « criminalisation primaire ». L'infraction pénale, au sens strict, renvoie à l'acte par lequel l'auteur transgresse la loi pénale. L'intérêt de la distinction tient à ce qu'il n'y a pas toujours concordance entre l'incrimination et l'infraction :

a) un fait légalement incriminé *in abstracto* peut ne pas constituer une infraction *in concreto* en raison de circonstances entourant l'acte : l'acte incriminé peut, par exemple, perdre son caractère d'infraction en raison d'une cause de justification (légitime défense), …

b) de même, la nature originaire et la gravité du fait incriminé par la loi peuvent être transformées *in concreto* par la survenance de circonstances particulières qui entourent le fait commis. Ainsi, des circonstances atténuantes ou des causes d'excuse peuvent conduire à transformer la nature de l'infraction (correctionnalisation d'un crime, contraventionnalisation d'un délit) et à modifier, voire supprimer, la peine légale originaire.

---

493 Les pouvoirs spéciaux n'ayant pas prolongés au-delà du 30 juin 2020, le système hybride de répression, pénal et administratif, des infractions Covid a pris de sorte qu'elles ne peuvent plus être sanctionnées que pénalement. Pour plus de précisions, voy. D. TATTI, « Des ''(a)normalités'' en temps de COVID-19 : quelles mutations en matière pénale ? Réflexions critiques à propos des normes fédérales et régionales bruxelloises », *Rev. dr. pén. crim*., 2021, pp. 761-789 ; D. TATTI et Ch. GUILLAIN, « Répression des infractions Covid : espace public à l'arrêt, vie privée en mouvement ? », in Bailleux, A., Bernard, D., Van Meerbeeck, J. (dir.), *La distinction (droit) public/(droit) privé : brouillages, innovations et influences croisées*. Bruxelles, Presses Universitaire de Saint-Louis, 2022, pp. 285-317.

494 À savoir, la COL n° 06/2020 relative à la mise en œuvre de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 et à l'application de l'arrêté royal Covid-19 n°1 du 6 avril 2020. Cette « COL » a été adoptée le 25 mars 2020 et a été révisée à plusieurs reprises.

Section 2. La classification des infractions

En droit pénal belge, les infractions sont classées selon la nature de la peine qui leur est appliquée ou selon l'objet de l'infraction.

§ 1. Classification tripartite fondée sur la nature de la peine

A. Le principe et ses enjeux

En droit pénal belge, la classification des infractions est tripartite (crimes, délits, contraventions) et repose sur la nature et l'intensité de la peine. Ces deux facteurs traduisent la gravité que le législateur attribue au fait qu'il incrimine, voire à la personnalité de l'auteur des faits. C'est le sens de l'article 1er du Code pénal de 1867 :

- L'infraction que la loi punit d'une peine criminelle est un crime.
- L'infraction que la loi punit d'une peine correctionnelle est un délit.
- L'infraction que la loi punit d'une peine de police est une contravention.

Cette classification tripartite traduit, dès le Code pénal de 1810, trois enjeux principaux :

1. Un souci de *séparation procédurale* : aux trois types d'infractions correspond la compétence de trois juridictions différentes (tribunal de police, tribunal correctionnel, cour d'assises). L'extension continue ces dernières années de la liste des crimes « correctionnalisables » vise à réduire fortement l'activité des Cour d'assises, jugée dispendieuse et chronophage.

2. La volonté de marquer une échelle de gravité des infractions à travers le *principe de proportionnalité* des peines à la gravité des infractions :
* les crimes, infractions les plus graves, seront punies des peines criminelles (les plus lourdes),
* les délits seront punis par des peines correctionnelles (peines moins lourdes),
* les contraventions, infractions mineures, seront punies de peines de simple police (peines les plus légères).

3. L'application différenciée des principes généraux du droit pénal. La division tripartite des infractions a de nombreuses conséquences sur l'application des principes généraux (tentative, récidive, participation criminelle…).

B. Difficultés d'application

L'application de ce principe classificateur, qui lie la nature de l'infraction à la nature et au degré de la peine, pose trois problèmes potentiels :

1. Notre droit pénal connaît un régime de peines flexibles. Pour une infraction donnée, le juge a le choix entre un minimum et un maximum de la peine. Or, il se peut que le minimum et le maximum de la peine prévues appartiennent à des catégories de peines différentes (la peine maximum est une peine correctionnelle et la peine minimum est une peine de police)[495]. Selon

---

495 On citera, par exemple, l'article 29, alinéa 3 de l'arrêté royal du 16 mars 1968 portant coordination des lois relatives à la police de la circulation routière (tel que modifié par la loi du 20 juillet 2005) qui dispose que les infractions du deuxième degré sont punies d'une peine d'amende de 20 euros (peine de police) à 250 euros (peine correctionnelle).

une doctrine et une jurisprudence constante, on considère, dans ce cas, que « le caractère de l'infraction est fixé par le *maximum de la peine* susceptible d'être prononcée »[496].

2. La loi pénale peut assortir une infraction d'une peine principale et d'une peine accessoire. Si la peine principale et la peine accessoire appartiennent à des catégories de peine différentes, c'est la *peine principale* qui détermine la nature de l'infraction.

3. La peine fixée *in abstracto* par la loi (peine théorique) ne correspond pas toujours à la peine in concreto ou « peine concrète » qui est ou pourra être prononcée par le juge. En raison de circonstances atténuantes ou de causes d'excuses par exemple, le juge peut décider de diminuer la peine concrète en dessous du minimum prévu par la loi. Ce changement peut « dénaturer » l'infraction qui change de catégorie. Le principe est que c'est la *peine concrète*, la peine édictée par le « prononcé judiciaire », qui fixe définitivement la nature de l'infraction.

§ 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction

Il existe deux catégories d'infractions qui constituent, de par leur objet, chaque fois un groupe à part d'infractions. Ce sont les *infractions politiques* et les *infractions de presse*. Les infractions de presse sont vues dans le cadre du cours de Libertés Publiques. Les infractions politiques sont étudiées ci-dessous.

A. Les infractions politiques

1. Origine et évolution du délit politique

Historiquement, la question du délit politique ressortit à une certaine philosophie de l'État et répond à une certaine conception de la liberté. Sous l'Ancien Régime, le principe de la légitimité absolue d'un pouvoir de droit divin excluait la notion de contradiction politique. Dans les monarchies absolues du XVIII[e] siècle, gouvernées par des « despotes éclairés », le crime suprême est l'atteinte à la sûreté intérieure ou à la sûreté extérieure de l'État, incarné notamment par la personne du monarque. Tout atteinte à l'autorité du Prince est érigée en *crime de lèse-majesté* et puni de mort.

La Révolution française coupe la tête à la monarchie de droit divin mais pas celle de l'État comme incarnation d'un pouvoir souverain. Le « crime d'État » est alors transformé en « délit politique », un type d'infraction doté d'un statut particulier, dans la mesure où il ne traduit pas l'immoralité que l'on attache aux autres délits privés. À la fin du XIX[e] siècle, les criminologues de l'École italienne reconnaissent également une différence de nature entre le délinquant politique et le délinquant de droit commun[497]. Destiné à accélérer le changement social, le délit politique est certes un acte anti-social mais, aux yeux des positivistes italiens, il ne traduit pas chez son auteur le caractère régressif associé au crime de droit commun[498].

La constitution belge (1831) et le Code pénal de 1867 consacrent le délit politique, en lui attribuant un régime répressif « de faveur ». Ceci s'explique en partie par le fait que, parmi les auteurs de la Constitution belge de 1831, nombre d'entre eux ont été impliqués dans les procès

---

496 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit., p. 319.

497 Voy. E. FERRI, *La sociologie criminelle*, trad. par L. TERRIER, Paris, F. Alcan, 1905, p. 370 ; A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1899, p. 89.

498 C. LOMBROSO et H. LASCHI, *Le crime politique et les révolutions*, 2 vol., Paris, Alcan, 1891.

politiques de la période hollandaise[499]. Ils sont donc sensibles à l'idée que ce type d'infraction ne traduit pas la même « antisocialité » chez son auteur qu'une infraction de droit commun.

Au XX[e] siècle, le recours aux infractions politiques est progressivement tombé en désuétude[500]. L'abandon du délit politique est avant tout révélateur « d'un changement dans la perception du mode contemporain de gouvernementalité comme forme la plus aboutie, absolue, de la société démocratique, qu'il convient dès lors de défendre contre toute velléité de changement »[501]. Ensuite, d'un point de vue procédural, on évite de recourir aux infractions politiques car elles sont soumises à un privilège de juridiction. Celles-ci sont en effet de compétence exclusive du jury d'assises[502]. Or, la tendance générale est aujourd'hui de recourir le moins possible à la procédure devant la cour d'assises (voy. *infra*).

Les conditions du délit politique sont devenues très restrictives et le champ d'application de ce délit s'est en conséquence restreint, jusqu'à n'être pratiquement plus utilisé. Lorsqu'elles ont à juger d'infractions dont la motivation est (principalement) politique, les juridictions répressives ont désormais recours à des infractions de droit commun, ou au régime dérogatoire des infractions terroristes[503]. Dans ce cas, le but politique de l'infraction - l'intention terroriste – a même l'effet inverse d'accroître la gravité de l'infraction et de soumettre l'auteur à une peine et à des mesures plus sévères. Le recours aux infractions terroristes ou de droit commun pour qualifier des actions politiques témoigne de la dévalorisation de l'intention politique en matière pénale. Lorsque les faits sont qualifiés sur la base des dispositions en matière de terrorisme, l'infraction à caractère politique devient même plus sévèrement condamnable qu'une infraction commise sur la base d'autres motivations.

Enfin, en matière d'extradition, le refus d'extrader un ressortissant étranger accusé d'un crime à caractère politique commis à l'étranger a également tendance à se réduire, au sein de l'Union Européenne notamment.

2. Les éléments constitutifs du délit politique en droit interne : évolutions

Aucune loi n'a jamais défini le délit politique. La Cour de cassation a progressivement élaboré ses contours, définissant celui-ci comme l'infraction « qui dans l'intention de son auteur comme par ses effets porte directement et immédiatement atteinte aux institutions politiques »[504]. Le délit politique suppose donc à la fois l'existence d'un critère objectif (ou élément matériel

---

499 C. LOMBROSO et H. LASCHI, *Le crime politique et les révolutions*, 2 vol., Paris, Alcan, 1891.

500 CH. PANIER, La déliquescence de la notion de délit politique, *Contradictions*, 1977, p. 3 et s. Aujourd'hui, le délit politique, comme le délit de presse, n'apparait plus dans les statistiques officielles.

501 M. MOUCHERON, Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil, *Cultures & Conflits*, 2006, n°61, p. 2. https://journals.openedition.org/conflits/2038

502 Article 150 de la Constitution.

503 On peut lire dans les travaux préparatoires de la proposition de loi contenant le Code de procédure pénale : « Il peut simplement être constaté que dans la très grande majorité des cas soumis aux juridictions correctionnelles où il était soutenu par les prévenus qu'il était question d'un délit politique, cet argument a été rejeté. Tel fut notamment le cas lors du procès dit du Vlaams Blok ou lors des multiples procès liés à la participation à un groupe terroriste ». Proposition de loi contenant le Code de procédure pénale déposée par M. Servais Verherstraeten et Mme Bergy Slegers (CD&V), *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 1239/1, p. 55.

504 Cass., 5 mai 1913, *Pas.*, I, p. 207 ; Cass., 21 novembre 1927, *Pas.*, 1928, I, p. 20 ; Cass., 13 juin 1951, *Pas.*, I, p. 710 ; Cass., 25 février, 20 mai et 24 juin 1963, *Pas.*, I, p. 710, 1003 et 1123 ; Cass. 9 novembre 2003, R.G. P.04/0849.N. On peut penser ici, par exemple, aux articles 118 et 199 du Code pénal qui incriminent des atteintes aux secrets de la défense nationale ou de la sûreté de l'État (si elles sont commises sans but de lucre).

spécifique) et d'un critère subjectif (ou élément moral). Nous en retraçons ici les éléments constitutifs, en les comparant avec ceux qui caractérisent l'infraction terroriste, amenée à supplanter le délit politique en droit interne.

a) L'élément matériel

L'acte matériel qui caractérise le délit politique consiste en une *atteinte à l'ordre politique* de l'État, soit à l'existence, aux formes d'organisation et aux modes de fonctionnement des institutions politiques[505] ou encore à divers principes qui fondent l'ordre politique de l'État (indépendance de la Nation, intégrité du territoire, etc.).

L'acte doit en outre constituer une *atteinte directe* à l'ordre public de l'État. Autrement dit, il faut que le préjudice politique soit la conséquence immédiate et exclusive de l'infraction commise. *A contrario*, l'existence d'un « *facteur intermédiaire* » annihile le caractère politique de l'infraction. Cet élément est mobilisé pour refuser le caractère de « délit politique » à des infractions revendiquées comme telles, par exemple en matière d'infraction terroriste :

> « L'infraction politique est celle dont le caractère exclusif est de porter atteinte à la forme politique d'un État déterminé. L'infraction terroriste ne revêt pas ce caractère. En effet, l'atteinte que son auteur cherche à porter au fonctionnement des institutions politiques se réalise de façon *médiate*, par la mise en péril de vies humaines ou d'intérêts économiques quelconques, fussent-ils étrangers aux structures ou aux institutions que l'auteur dit vouloir frapper » et « le préjudice politique requis n'est pas la conséquence directe et immédiate de l'infraction »[506].

En ce qui concerne les infractions terroristes, l'article 137, §2 et §3, du Code pénal détermine l'élément matériel, qui peut consister en des comportements déjà incriminés par le droit commun (comme l'homicide et les coups et blessures volontaires, l'enlèvement ou certains types de destructions ou dégradations), ou des comportements punissables uniquement au titre d'infractions terroristes (comme la libération de substances dangereuses pour la santé humaine ou la perturbation et l'interruption d'approvisionnement en ressources naturelles fondamentales).

b) L'élément moral

L'auteur de l'infraction politique doit avoir agi dans un but politique, c'est-à-dire dans l'intention de porter directement, immédiatement et exclusivement atteinte aux institutions politiques, à leur organisation ou à leur fonctionnement[507]. L'absence de but politique ou l'existence d'une motivation autre annihile le caractère politique de l'infraction (ainsi, par exemple, de la transmission de secrets de la défense nationale à une puissance étrangère contre rémunération).

---

505 « Ces institutions politiques comprennent notamment la forme étatique, les parlements, l'autorité et les prérogatives constitutionnelles du Roi, la succession au trône, l'exercice du pouvoir par le ministre et les droits politiques des citoyens ». Cass., 7 octobre 2008, R.G. P.08.0324/N, p. 4. https://juportal.be/.

506 Cass., 27 juin 2007, RG P.07.0333.F, *Pas.*, 2007, n°365. De même, dans une décision du 3 octobre 1995, le tribunal Correctionnel de Bruxelles a estimé que le recours à la violence pour exercer une pression sur les pouvoirs publics n'était pas constitutive d'un « délit politique », parce que ces violences tablaient sur un « facteur intermédiaire ».

507 Cass., 7 octobre 2008, R.G. P.08.0324/N, p. 3. https://juportal.be/.

L'élément moral des infractions terroristes répond quant à lui aux deux conditions suivantes :

> L'infraction terroriste « 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 »[508].

On remarque que cette définition inclut certains critères précédemment dégagés par la jurisprudence en matière de délit politique (le fait de « contraindre indûment des pouvoirs publics » ou de « gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques d'un pays »).

L'élément moral est cependant défini plus largement qu'en matière de délit politique : l'acte peut viser l'ensemble des pouvoirs publics du pays (et non seulement les institutions politiques) ainsi que les organisations internationales, en ce compris leurs structures économiques et sociales. Par ailleurs, il revêt aussi une dimension préventive ou hypothétique : alors qu'un délit politique nécessite la volonté d'atteindre directement et immédiatement les institutions politiques, l'infraction terroriste peut être établie à partir des effets *potentiels* de l'acte incriminé, évalués en fonction de leur nature et de leur contexte[509]. On notera que contrairement à la définition très restrictive de l'élément moral propre aux infractions politiques, la définition en matière d'infractions terroristes est rès large et donne une grande latitude aux autorités de poursuite ainsi qu'aux juridictions répressives[510].

3. Les formes classiques et contemporaines du délit politique en droit interne

On distingue traditionnellement trois formes de délit politique : le délit politique *pur*, le délit politique *mixte* et le délit *connexe à un délit politique*. Nous verrons que les juridictions ont donné une interprétation tellement restrictive de ces catégories, qu'elles en deviennent aujourd'hui pratiquement inapplicables (et inappliquées).

a) Le délit politique pur

C'est le délit qui, par sa nature, son objet et son effet, porte nécessairement atteinte à l'ordre politique[511]. Ce délit n'est en aucun cas constitutif d'un délit de droit commun. La criminalité de l'acte résulte de la cible visée qui laisse présumer de l'intention politique. On en trouve divers exemples au Titre 1er (Des crimes et délits contre la sûreté de l'État) du Livre II du Code pénal, pour lesquels la peine de détention est d'ailleurs prévue.

---

508 Code pénal, article 137, § 1er.

509 M. MOUCHERON, Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil, *op. cit.*, p. 7.

510 Le caractère très large de cette définition peut donner lieu à des interprétations très extensives, au détriment du principe de sécurité juridique et des droits de la défense. Voy. D. TATTI, « Questions choisies à propos de l'enquête contre la 'mouvance anarchiste' », note sous Bruxelles, 12 novembre 2020, *J.LM.B.*, 2021, n°11, p. 484-492.

511 Cass., 18 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1788. Dans ce cas, "il résulte nécessairement de la nature du délit qu'il consiste en une atteinte portée directement à l'existence, à l'organisation ou au fonctionnement des institutions politiques". *Cf.* également Cass., 9 novembre 2004, *J.T.*, 2004, p. 856 ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 789, note M.-F. RIGAUX, "Quand la Cour de cassation arbitre".

En principe, c'est ce type d'infractions qui a le plus de chances d'être retenu comme infraction politique, leur caractère politique étant présumé. Mais, même ici, le caractère politique d'une infraction pourra être refusé au motif que l'élément matériel fait défaut[512]. Il est donc très rare que les auteurs soient poursuivis sur la base de ces infractions, les juridictions leur préférant des qualifications de droit commun[513].

b) Le délit politique mixte : est visé ici un délit qui porte atteinte à l'ordre politique au moyen d'une infraction de droit commun. Autrement dit, il s'agit d'une infraction de droit commun susceptible de revêtir un caractère politique dans des circonstances particulières, parce que « son objectif est de créer un préjudice politique et son effet direct de créer un tel préjudice »[514].

Dans ce cas de figure, la caractère politique de l'infraction sera très régulièrement écarté au motif qu'il existe un « facteur intermédiaire » annihilant l'« effet direct » requis[515].

c) Le délit connexe à un délit politique : il s'agit d'une infraction de droit commun qui se trouve en liaison étroite avec un délit politique. Pour être retenue comme « politique », cette infraction doit être absorbée par le caractère politique de l'infraction principale. Le critère généralement retenu est la nécessité de ces actes délictueux pour réaliser l'atteinte politique[516]. L'exemple est celui des actes de pillage qui accompagnent une insurrection. Les cas où l'absorption est reconnue sont désormais purement théoriques, du fait de la désuétude des infractions politiques *pures* et *mixtes*. Les juridictions amenées à connaître de cette catégorie d'infractions auront donc plutôt recours aux infractions de droit commun.

4. La répression du délit politique

Traditionnellement, le régime répressif applicable aux délits politiques est considéré comme un régime de faveur. Ce régime spécifique est toujours en vigueur et n'a subi que peu de modifications, mais l'application rarissime des infractions politiques fait qu'en pratique il n'est pas appliqué.

---

512 Il a ainsi été jugé qu'une action de désobéissance civile dirigée contre une base militaire (infraction politique par nature), en ce qu'elle cherche « essentiellement à impliquer les citoyens dans le processus normatif propre aux démocraties » ne porte pas d'atteinte directe aux institutions politiques et n'est donc pas constitutive de délit politique (Trib. corr. Mons., 23 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016/39, p. 1869 et suiv. et commentaire E. VAN BRUSTEM).

513 Dans le dossier des « *trainstoppers* », des activistes ont été poursuivis pour avoir bloqué un convoi militaire en provenance d'Allemagne et à destination de l'Irak (*via* le port d'Anvers), et saboté la signalisation des voies de chemin de fer afin de protester contre la seconde guerre en Irak. Si le juge de première instance qualifia les infractions de politiques (sur la base de l'article 123 du code pénal qui vise le fait d'exposer l'état à des hostilités de la part de puissances étrangères) et se déclara incompétent, la cour d'appel de Gand requalifia les faits sur la base de l'infraction de droit commun d'entrave méchante à la circulation ferroviaire. Gand, 15 décembre 2004, inédit.

514 Cass., 18 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1788.

515 Voy.Cass. 27 juin 2007, arrêt cité plus haut en matière d'infraction terroriste. Bien que la Cour de Cassation pose des critères distincts, reposant essentiellement sur des formes d'actions différents, la distinction entre délit politique *mixte* et infraction terroriste n'est pas aussi évidente qu'elle y paraît. Ainsi on peut se demander si un attentat commis dans le but de renverser le régime en place et qui tue le chef de l'État est un crime politique ou une infraction terroriste.

516 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 382, n^{os} 2081 et 2082, et les références citées.

Parmi ces « privilèges », on retiendra :

- un privilège de juridiction : les crimes et les délits politiques sont, en principe, soumis à la compétence du *jury d'assises* « établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie » (art. 150 de la Constitution). On notera cependant que les infractions politiques sont tributaires d'une tendance bien installée depuis plusieurs années, qui consiste à recourir de moins en moins à la cour d'assises[517]. Celle-ci est en effet régulièrement décriée, tant pour la lourdeur et le coût de sa procédure, que pour le peu de garanties qu'elle offre[518], de sorte que sa suppression est aujourd'hui reprise dans le projet de code de procédure pénale rendu par la Commission de réforme de la procédure pénale[519]. Soulignons cependant que, en dépit de l'abandon progressif du privilège de juridiction qui caractérise les infractions politiques, la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement[520], y fait toujours expressément référence. En effet, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit politique (ou de presse), seule la cour d'assises est compétente, et l'internement ne peut être prononcé qu'à l'unanimité de la cour et des jurés[521].
- la peine de la *détention* (art. 7, 10 et 11 du Code pénal) est, en principe, réservée en propre aux crimes politiques[522] ; les délits politiques restent quant à eux soumis aux peines du droit commun. Par ailleurs, un régime particulier de réduction de la peine de détention est prévu en cas de circonstances atténuantes accompagnant un crime contre la sûreté extérieure de l'État (art. 81 du Code pénal).
- la *détention préventive* n'est pas autorisée pour les auteurs de délits politiques (mais elle le reste pour les auteurs de crimes politiques)
- la *mise à disposition du tribunal de l'application des peines* n'est pas applicable aux auteurs d'infractions politiques (art. 34*ter*, 1° et 2° du Code Pénal)
- sur *le plan pénitentiaire*, les condamnés politiques sont, en principe, soumis à un régime distinct[523].

5. La notion d'infraction politique en droit extraditionnel

a) La définition du délit politique en droit extraditionnel

L'enjeu posé par la notion de délit politique est ici différent. Si en droit interne, la question est de déterminer les infractions qui peuvent bénéficier d'un régime répressif plus favorable, en

---

517 Concernant les infractions de droit commun, les modifications successives de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes *(M.B.*, 5 octobre 1867) et des articles 79 à 84 du Code pénal, ont fortement limité les cas de renvoi des crimes devant la cour d'assises.

518 Les critiques pointent notamment l'absence de qualification des jurés qui sont tirés au sort, et ne sont pas nécessairement préparés à comprendre des enjeux juridiques complexes, ou encore l'absence de droit d'appel contre les décisions rendues par la cour d'assises.

519 La Commission de réforme de la procédure pénale a été instituée le 30 octobre 2015. Le projet de code de procédure pénale issu de son travail a été présenté au Parlement le 11 mars 2020. Voy. : proposition de loi du 11 mars 2020 contenant le code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n°1239/1. Pour une première analyse de la proposition de loi, voy. M-A BEERNAERT, « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », *Pli Juridique*, n° 52, juin 2020, p. 6-17.

520 *M.B.*, 9 juillet 2014.

521 Art. 9, §1er, al. 1er, et art.15, § 2, al. 3, de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

522 On la retrouve principalement au Titre 1er (Des crimes et délits contre la sûreté de l'État) du Livre II du Code pénal.

523 Sur ce dernier point, on notera que les personnes condamnées pour des infractions terroristes sont également soumises à un régime distinct, qui est cependant plus strict que celui applicable aux détenus de droit commun.

droit extraditionnel la question est de savoir pour quelles infractions il peut être dérogé à la règle de la nécessaire collaboration entre les États en matière répressive. À quelles conditions accorde-t-on le droit d'asile à un ressortissant étranger poursuivi pour une infraction pénale dans son pays ?

La notion de délit politique est, en principe, plus large en droit extraditionnel qu'en droit pénal interne. En effet, l'article 6 de la loi du 1er octobre 1833 sur les extraditions prévoit que l'extradition de l'étranger sera conditionnée par le fait qu'il ne puisse être poursuivi ou puni pour une infraction politique antérieure, ni pour aucun fait connexe à un semblable délit. La définition inclut *a priori* toutes les formes classiques des infractions politiques examinées ci-avant.

L'analyse de la pratique judiciaire et administrative en Belgique montre en fait l'absence de « ligne générale dans la définition et l'interprétation » du délit politique en tant qu'il s'oppose à l'extradition. Les décisions sont fortement influencées par les circonstances de l'affaire (élément matériel), l'appréciation du but de l'agent (élément moral), par le régime politique de l'État requérant[524], mais aussi par la gravité de l'infraction[525].

Toutefois, une décision récente de la Cour de cassation tend à limiter la portée de la notion de délit politique en droit extraditionnel, jusqu'à la faire coïncider avec la définition restrictive qu'en donne le droit pénal interne[526].

On notera également l'introduction en 1985 d'une « clause de discrimination » qui s'oppose à l'extradition d'individus poursuivis pour des opinions politiques[527] et la modification, en 2007, de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions qui vise à renforcer la protection des personnes soumises à une extradition au regard des droits fondamentaux[528]. Les garanties introduites par ces dispositions sont toutefois tempérées dans la pratique. En effet la tendance à la dépolitisation des infractions politiques est également observable en droit extraditionnel[529], et le recours aux infractions terroristes rend les États parfois moins regardants quant au respect des droits fondamentaux[530].

---

524 C. VAN DEN WIJNGAERT, « La Belgique et l'exception pour délits politiques en matière d'extradition demandée à la Belgique », *Rev. dr. pen. crim*, 1988, p. 265.

525 Si l'extradition peut être refusée en cas d'infraction politique pure et mixte, voire en cas de fait connexe à un délit politique, on remarquera qu'elle est autorisée pour les infractions de terrorisme et les infractions au droit international humanitaire (N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 197). voy. en matière de terrorisme, Cass., 15 février 2006, *Rev. dr. pén. crim*., 2006, p. 795, concl. min. public.

526 Cass., 12 février 2013, *Pas*., 2013, n° 102 N.C., 2013, 320, note de S. Dewulf.

527 Art. 2*bis* de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, introduit par l'article 3 de la loi du 31 juillet 1985.

528 L'article 2*bis* nouveau de la loi du 15 mars 1874, tel que modifié par l'article 4 de la loi du 15 mai 2007 modifiant la loi du 1er octobre 1833 sur les extraditions et la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, interdit l'extradition « s'il existe des risques sérieux que la personne, si elle était extradée, serait soumise dans l'État requérant à un déni flagrant de justice, à des faits de torture ou des traitements inhumains et dégradants ». Si l'extradition est requise par un État dans lequel l'infraction est passible de la peine de mort, l'extradition ne pourra être accordée que si l'État requérant donne des assurances formelles que la peine de mort ne sera pas exécutée".

529 D. BERNARD et M. DOUTREPONT, « Les juges belges face aux demandes d'extradition des États étrangers », in A. LAGERWALL (coord.), *Les juges belges face aux actes adoptés par les États étrangers et les organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant (coll. UB 3) , 2016, p.103.

530 On peut citer « l'affaire Trabelsi », dans laquelle l'auteur, condamné en Belgique pour avoir projeté un attentat contre la base militaire belgo-américaine de Kleine-Brogel, et après y avoir purgé sa peine, a été extradé vers les Etats-Unis pour y être jugé pour les mêmes faits, en violation du principe *ne bis in idem*. Cette extradition a été décidée malgré le risque de traitement inhumains et dégradants au vu des conditions de détention imposées par les

b) les exceptions au principe de la non-extradition des délinquants politiques

L'exception au principe de la non-extradition est généralement justifiée par la gravité de l'infraction et le caractère « méprisable » de l'acte commis :

- la loi du 22 mars 1856 introduit une « clause d'attentat », selon laquelle ne sera pas réputé délit politique l'attentat (meurtre, assassinat, empoisonnement) contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille) ;
- la non-extradition n'est pas envisageable non plus en cas de crime de génocide (art. 7 de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du génocide), de crime de guerre (Loi du 3 septembre 1952 approuvant les quatre Conventions de Genève du 18 août 1949) et d'infraction terroriste (art. 2 de la Convention européenne du 27 janiver 1977 pour la répression du terrorisme).

Dans un arrêt du 15 février 2006, la Cour de cassation a par ailleurs décidé que l'article 6 de la loi du 1er octobre 1833 « ne peut s'appliquer à des faits qui, quel que soit le but que l'auteur ait voulu atteindre et quelle que soit la forme politique de la nation où le fait a été commis, peuvent notamment impliquer des violences graves envers les personnes »[531].

c) l'extradition selon le Mandat d'arrêt européen (MAE)

Entre les pays membres de l'Union européenne, le système du mandat d'arrêt européen (MAE) a remplacé la myriade des traités bilatéraux d'extradition antérieurs. Il a été introduit en Belgique par la loi relative au mandat d'arrêt européen du 19 décembre 2003[532].

Le refus d'extradition des auteurs de délits politiques y a été supprimé, au motif que l'espace judiciaire européen est défini par des règles de base communes et partagées par les différents États membres. Au sein de l'Union européenne prévaut donc le principe de confiance mutuelle entre États membres. L'article 4, 5° de la loi relative au mandat d'arrêt européen indique toutefois que l'exécution du mandat peut être refusée s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il serait porté atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, ce qui inclut les raisons politiques. Cette exception est appréciée de manière restrictive tant par les juridictions nationales que par la Cour de Justice de l'Union européenne[533].

Etats-Unis au présumés terroristes, et en contradiction avec une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., arrêt *Trabelsi c. Belgique*, 4 septembre 2014). Le gouvernement belge a fait l'objet de diverses condamnations judiciaires, dont la dernière, prononcée par la cour d'appel de Bruxelles, date du 23 mai 2022.

531 Cass., 15 février 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 795, conclusions de M. l'Avocat général D. VANDERMEERSCH.

532 *M.B.*, 22 décembre 2003. La loi transpose la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres du 13 juin 2002, *J.O.C.E., L/190*, 18 juillet 2002.

533 Voy. C. RIZCALLAH, « La protection des droits fondamentaux dans le cadre du mandat d'arrêt européen : un impératif difficile à mettre en œuvre », *Rev. dr. pén. crim.*, 2019/1, p. 104 et les décisions commentées. On relèvera cependant une récente décision de la cour d'appel de Bruxelles de 2021, dans laquelle il n'est pas fait droit au mandat d'arrêt européen émis par l'Espagne à l'encontre d'un ex-ministre régional indépendantiste catalan poursuivi notamment pour l'organisation illégale d'un référendum séparatiste, au motif qu'il existe un risque sérieux de violation de son droit à un procès équitable. Bruxelles (mis. acc.), 7 janvier 2021, inédit.

B. Les infractions de presse

1. Le fondement et l'origine des délits de presse

La liberté de la presse est une caractéristique fondamentale d'un état de droit et d'une société démocratique.

Elle est inscrite en lettres d'or dans notre Constitution à l'article 25 qui prévoit que : « La presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ».

Cette liberté est également consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit de toute personne à la liberté d'expression, en ce compris la liberté de recevoir ou communiquer des informations.

La liberté de la presse, si elle est essentielle pour notre état de droit, n'est cependant pas une liberté sans limites[534].

Les délits commis dans l'exercice de cette liberté, appelés « délits de presse » sont en effet pénalement réprimés.

Toutefois, afin de protéger au mieux la liberté de la presse, un régime dérogatoire au droit commun a été prévu par les Constituants pour ces délits[535].

Ainsi, l'article 150 de la Constitution prévoit que les délits commis par voie de presse relèvent de la compétence de la cour d'assises. Ces délits sont donc jugés par un jury populaire en lieu et place du/des juge(s) professionnel(s) du tribunal correctionnel.

D'autres règles particulières ont été prévues à l'égard de ces infractions et notamment :

- Le fait qu'un suspect d'un délit de presse doit préalablement être invité à comparaître devant le magistrat, de façon non-coercitive ; ce n'est qu'en cas de non-comparution qu'un mandat d'amener peut être délivré[536] ;
- Le fait que le suspect d'un délit de presse ne peut être placé en détention préventive[537] ;
- Le fait que les règles classiques de participation criminelle ne s'appliquent pas, au profit d'une imputabilité successive et exclusive entre les auteurs[538]. Ainsi, lorsque l'auteur du délit de presse est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur ne peuvent être poursuivis[539].

La *ratio legis* de ce régime dit « de faveur » a une origine historique.

---

534 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 4 éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 218 à 219.

535 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.,* p. 218.

536 Art. 9 du décret du 20 juillet 1831 sur la presse.

537 Art. 8, al. 5 du décret du 19 juillet 1831 qui rétablit le jury, modifié par l'art. 5 de la loi du 19 juillet 1934.

538 F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, *op. cit*., p. 355.

539 Art. 25, al. 2 de la Constitution.

En effet, au lendemain de la révolution de 1830, lorsque la Constitution de 1831 fut rédigée, nos constituants avaient à cœur d'éviter un retour aux atteintes contre la presse et contre la liberté d'expression qui avaient dominé la période hollandaise[540]. De nombreux constituants ayant participé à la révolution, ils souhaitaient éviter que des opposants d'un régime ne soient jugés par des juges appartenant à l'État qu'ils critiquaient. Ils estimaient qu'un jury populaire serait plus sensible « à la faveur dont doit bénéficier la liberté d'expression et à la modération qui doit caractériser la sanction lorsqu'il s'agit d'attaques contre l'ordre politique par voie de presse ». C'est dans cet esprit que le régime dérogatoire prévu à l'article 150 de la Constitution fut rédigé.

En pratique, il s'est rapidement avéré qu'en soumettant les délits de presse à la compétence de la cour d'assises, de très nombreux délits jouissaient d'une impunité de fait, en raison de la lourdeur et du coût de la procédure.

Le fait que de nombreux discours de haine raciste et xénophobe restaient impunis a amené le constituant à intervenir en 1999 pour introduire une exception à l'article 150 de la Constitution. Il a en effet soustrait à la compétence de la cour d'assises, les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie, qui relèvent depuis de la compétence des tribunaux correctionnels. Désormais, l'article 150 de la Constitution prévoit donc que : « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie ».

2. Les éléments constitutifs du délit de presse

Le délit de presse n'a pas été défini par le législateur et c'est la jurisprudence des cours et tribunaux, et plus particulièrement les enseignements tirés des arrêts de la Cour de cassation, qui ont permis, au fil des années, d'en éclairer les contours.

L'absence de définition légale permet au concept d'évoluer et de s'adapter aux évolutions sociétales et technologiques, mais certains y voient tout de même un problème de sécurité juridique car il n'est pas toujours aisé de savoir ce que cette notion recouvre exactement[541].

Actuellement, on retient que trois éléments doivent être rencontrés afin qu'on puisse parler de délit de presse.

a) Une infraction de droit commun

Le délit de presse requiert tout d'abord que l'on se trouve en présence d'une infraction de droit commun, prévue par le Code pénal ou les lois particulières, commise par la voie de la presse. En effet, le délit de presse n'est pas une infraction spécifique *sui generis* [542].

La presse n'est donc pas l'objet de l'infraction, mais bien le moyen permettant la commission de celle-ci.

---

540 F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, *op. cit.,* p. 353. Sur l'histoire de cette période, voy. H. SCHUERMANS, *Code de la presse,* 2e éd., Bruxelles, 1881, pp. 41 à 67.

541 F. ERNOTTE, « Responsabilité pénale » in *Droit des réseaux sociaux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 189.

542F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, *op. cit.,* p. 358.

À titre d'exemple, on peut citer : la calomnie ou la diffamation par la voie de la presse, l'injure par la voie de la presse, les menaces par la voie de la presse[543] ou encore le harcèlement par la voie de la presse[544].

b) La manifestation d'une pensée ou d'une opinion

Le délit de presse requiert ensuite un écrit qui renferme la manifestation abusive, illicite, coupable, d'une pensée ou d'une opinion (philosophique, politique, religieuse, scientifique etc.).

Jusqu'il y a peu, il existait une controverse quant à savoir si c'était la manifestation illicite de *toute* pensée ou opinion qui pouvait constituer un délit de presse, ou s'il fallait que la pensée soit argumentée, avec une certaine importance sociale[545].

Certains tribunaux se déclaraient compétents pour juger les auteurs d'écrits contentant des pensées ou opinions coupables lorsque celles-ci étaient dépourvues de réelle logique argumentative. Ils estimaient que de tels écrits n'étaient pas constitutifs d'un délit de presse. Une partie de la doctrine soutenait également cette argumentation[546].

Le tribunal correctionnel de Huy estimait ainsi que : « le constituant belge a eu égard à la presse d'opinions au sens noble du terme, au débat d'idées, et non à l'expression écrite de toute colère ou frustration exprimée parfois impulsivement mais toujours lâchement derrière l'écran de son ordinateur et, à l'occasion, commodément caché derrière un pseudonyme »[547].

Dans son arrêt du 7 octobre 2020, la Cour de cassation a toutefois infirmé cette jurisprudence qui s'installait. La Cour a précisé que le régime de l'article 150 de la Constitution s'applique sans qu'on ait égard à « la pertinence ou l'importance sociale de la pensée ou de l'opinion publiée, ni au caractère plus ou moins argumenté ou développé de l'écrit incriminé, ni de la notoriété de son auteur »[548].

La Cour de cassation a donc tranché. Désormais des écrits renfermant la manifestation abusive, illicite ou coupable d'une pensée ou d'une opinion, quel qu'en soit le niveau de pertinence, relèvent donc de la compétence de la cour d'assises.

De par son arrêt, la Cour de cassation confère à la notion de pensée une portée très large de sorte que tout écrit numérique grossier, injurieux ou diffamant dépend désormais de la seule compétence de la cour d'assises.

Bon nombre d'auteurs de doctrine critiquent le fait qu'en suivant cette interprétation, on confère une impunité de fait à tout écrit numérique exprimant une opinion[549].

---

543 Liège (ch. mis. acc.), 1er avril 2021, *J.LM.B,* 2021, p. 1736 et Cour ass. Liège, 13 octobre 2021, *J.L.M.B.,* 2021, p. 1733.

544 Corr. Fr. Bruxelles, 15 juillet 2021, *J.L.M.B.,* 2021, p. 1531.

545 Q. PIRONET, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *J.L.M.B.*, 2018, p. 38.

546 Voy., en ce sens, F. JONGEN et A. STROWEL, *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 713 et s.

547 Corr. Liège, div. Huy, 26 novembre 2020, *J.L.M.B.,* 2021, p. 507.

548 Cass., 7 octobre 2020, R.G., P.19.0644.F.

549 L. KENNES, D. VANDERMEERSCH, e.a., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim*., 2021, pp. 418 à 421.

c) Un texte écrit reproduit par voie d'imprimerie ou par procédé similaire, jouissant d'une certaine publicité

La troisième condition d'existence du délit de presse est la matérialisation de la pensée litigieuse dans un écrit qui jouit d'une certaine publicité[550].

Si dans un premier temps on visait essentiellement le texte écrit reproduit par la voie de l'imprimerie, la Cour de cassation a confirmé qu'il fallait privilégier une notion évolutive.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 6 mars 2012[551], la Cour de cassation a estimé que le délit de presse suppose un texte reproduit par voie d'imprimerie *«* ou par un procédé similaire *»* et admet que la diffusion numérique constitue pareil procédé similaire.

Le délit de presse peut donc se réaliser par la diffusion d'un écrit sur Internet.

Cette précision était nécessaire dans une société où la place d'Internet est de plus en plus importante.

La Cour de cassation refuse qu'on qualifie de délit de presse les diffusions d'images[552], les diffusions d'opinions orales (telles que les émissions de radio)[553] et les diffusions d'opinions audiovisuelles (telles que les émissions de télévision)[554].

Pour les émissions de radio ou de télévision, la Cour de cassation les a exclues au motif qu'elles ne sont pas caractérisées par une publicité durable. Si ce raisonnement pouvait être compris autrefois, il l'est plus difficilement à l'heure du *streaming* et *des podcast.*

Pour les images, la Cour de Cassation estime que celles-ci ne sont que « la représentation d'objets matériels et ne sont pas directement l'expression de la pensée ou la manifestation d'une opinion, dans le sens que la Constitution a attaché à cette expression »[555].

Cette exclusion ne semble plus non plus se justifier à l'heure de la caricature[556] et des contenus mixtes (GIF, images contenant du texte…).

3. Les enjeux

À l'heure où les réseaux sociaux sont devenus le défouloir de nombreux internautes qui se livrent à des écrits haineux et injurieux à longueur de journée, on ne semble avoir d'autre choix que ceux d'une impunité de fait, un surencombrement de la cour d'assises ou une réforme à intervenir.

---

550 F. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 189.

551 Cass. 6 mars 2012, P.11.1374.N.

552 Cass., 28 mars 1839, *Pas.,* 1839, I, p. 55. Voy., également, Cass. 2 mars 1964, *Pas.,* 1964, I, p. 697.

553 Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.,* 2006, p. 1402.

554 Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.,* 2006, p. 1402.

555 Cass., 28 mars 1839, *Pas.,* 1839, I, p. 55. Voy., également, Cass. 2 mars 1964, *Pas*., 1964, I, p. 697.

556 Voy., pour une analyse plus approfondie de la question, Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? », *J.T.,* 2014, p. 394 et s.

L'impunité de fait dont jouissent les auteurs de propos haineux, injurieux et répréhensibles dérange de plus en plus et fait couler beaucoup d'encre. Les auteurs de doctrine soulignent l'existence d'un besoin social de signifier aux internautes qu'on ne peut pas impunément haïr, insulter et harceler sur Internet[557].

Bien qu'un premier arrêt ait récemment été rendu par la cour d'assises[558] en ce qui concerne un délit de presse commis sur *Twitter*[559], le recours systématique à la procédure d'assises pour ce type de comportement qui ne cesse de se multiplier est irréaliste. Les cours d'assises de notre pays sont déjà encombrées et ne peuvent absorber l'entièreté de ce contentieux.

Les solutions envisageables sont plurielles : réforme ou suppression de la cour d'assises ? Réforme de la Constitution ? Interprétation différente du concept de délit de presse ? Trouver une solution équilibrée, adaptée aux réalités actuelles constitue un réel défi pour les années à venir.

Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction

La question des conditions d'existence de l'infraction pénale renvoie à celle des éléments constitutifs de l'infraction. De manière générale, une infraction pénale requiert la réunion de trois « éléments constitutifs » [560] que certains appellent « conditions constitutives de l'infraction »[561] : un élément légal (le viol de la loi), un élément matériel (un acte extérieur qui manifeste la volonté délictueuse) et un élément moral (la culpabilité, qui suppose un auteur « responsable » auquel on peut « imputer » l'acte pénal). Les deux premiers éléments sont de nature objective (au sens où ils ne dépendent pas de la responsabilité morale et psychologique de l'agent) alors que le troisième est de nature subjective (en tant justement qu'il renvoie au for interne de l'individu, à sa responsabilité morale).

Ces trois conditions d'existence de l'infraction font l'objet de débats et de controverses importantes, notamment en ce qui concerne l'élément moral[562]. L'enjeu de ces débats n'est pas purement technique : dans la mesure où chacune de ces conditions, autant que l'exigence de leur cumul, constitue une *limite* essentielle à la répression pénale[563], il traduit souvent des visions différentes sur le rôle du droit pénal comme mode de contrôle social. Ainsi, la condition relative à l'élément légal constitue un rempart essentiel contre l'insécurité et l'arbitraire ; l'élément matériel apparaît comme une garantie essentielle de la liberté de pensée et d'opinion, tandis que l'élément moral répond à une exigence fondamentale de justice.

---

557 Voy., notamment, J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », in *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 124.

558 Cour ass. Liège, 13 octobre 2021, *J.L.M.B.,* 2021, p. 1733.

559 Pour une analyse approfondie, voy. S. ROYER et N. KRACK, « Comment les incels ont déclenché la compétence de la cour d'assises en matière de délit de presse *», J.L.M.B.,* 2021/38, p. 1738-1745.

560 A. BRAAS, Précis de droit pénal, op. cit., p. 81.

561 A. PRINS, Science pénale et droit positif, op. cit., p. 117.

562 Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et psychologiques, op. cit.,* pp. 368-371.

563 Voy., notamment, H.L. PACKER, *The limits of criminal sanction*, Stanford, Stanford University press, 1968, en particulier pp. 66 et s.; J. VERHAEGEN, « Le fait qualifié infraction », *op. cit.*, p. 753 ; Fr. TULKENS, « Les impasses du discours de la responsabilité' », *op. cit.*, p. 21; M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines*, *op. cit.*, p. 465.

Si la réunion nécessaire de ces trois types de conditions permet de déterminer *positivement* dans quelles circonstances une infraction pénale existe, elle permet aussi, à rebours, de déterminer *négativement* dans quelles circonstances une infraction est susceptible de ne pas se constituer ou exister.

§ 1. L'élément légal

A. Définition

Héritage de la pensée classique, le principe de la légalité des délits et des peines induit que la première condition d'existence de l'infraction soit le viol de la loi. L'infraction suppose la commission d'un acte « antijuridique »[564] par ailleurs sanctionné d'une peine établie par la loi565. Il s'agit ici d'une garantie fondamentale de la liberté individuelle.

B. Causes de justification

Certaines circonstances objectives sont susceptibles de rendre licite un acte illicite et de lui faire perdre son caractère d'infraction pénale. On parle ici de « causes de justification » dont la survenance neutralise l'élément légal de l'infraction[566] : en raison de la cause de justification, le fait infractionnel est « justifié » et n'est plus constitutif d'une infraction[567].

Le Code pénal a admis certaines « causes de justification » [568] qui résultent soit de l'accomplissement d'un devoir (ordre de la loi et commandement de l'autorité), soit de l'exercice d'un droit (légitime défense). La doctrine et la jurisprudence les ont étendues à d'autres situations où le fait infractionnel apparaît comme socialement nécessaire ou, à tout le moins, indifférent (état de nécessité, résistance légitime aux abus de l'autorité, etc.)[569]. Dans la mesure où il s'agit de droit pénal favorable, cet élargissement de la légalité n'est pas problématique[570].

---

564 L. JIMENEZ DE ASUA, « L'antijuridicité », *Rev. int. dr. pén.*, 1951, pp. 273 et s. ; A. DE NAUW, « Is de materiële wederrechtelijkheid een nuttig begrip in het Belgisch strafrecht », *Panopticon*, 1992, pp. 135 et s.; L. DUPONT, « De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf », *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, pp. 127 et s.

565 Voy. notamment F. VERBRUGGEN, "Strafwaardigheid: nooduitgang of deur naar dogmatische verfijning?", *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, *op. cit.*, vol. I, pp. 159 et s.

566 R. MERLE et A. VITU, t. I, 7e éd., *op. cit.*, p. 557.

567 Par opposition, les causes d'excuse et les circonstances atténuantes, qui laissent subsister l'infraction, affectent la peine. Voy., *infra*, Chapitre V. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 3. Les excuses et § 4. Les circonstances atténuantes.

568 L'expression provient de l'intitulé du chapitre VIII du Livre Ier du Code pénal.

569 Néanmoins, pour plus de clarté, l'actuel projet de Livre Ier du Code pénal prévoit une énumération exhaustive des causes de justification dans le texte légal (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « La proposition d'avant-projet de nouveau Livre Ier du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire », *J.T.,* 2017, pp. 129-135, art. 11 du projet. Voy., également, N. COLETTE-BASECQZ, F. VANSILIETTE, « Les cause de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le Livre Ier du Code pénal », *La réforme du Livre Ier du Code pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 57-108.)

570 R. LEGROS, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 1966-1967, pp. 3 et s. Cette situation témoigne de ce que le même auteur appelle le caractère asymétrique du droit pénal.

Avant d'examiner les différentes causes de justification, on mettra ici l'accent sur quatre caractéristiques importantes qui les caractérisent :

1. La cause de justification agit *in rem* (« dans la chose ») : elle annihile l'infraction, empêche l'exercice de l'action publique et bénéficie donc à tous les participants de l'infraction (auteurs, co-auteurs, complices). L'infraction n'existe pas. Cependant, la cause de justification n'exclut pas une action en réparation du dommage si une faute civile existe.
2. Si un prévenu invoque une cause de justification « crédible », il appartient au ministère public d'établir l'inexistence de cette cause de justification[571]. La charge de la preuve incombe ici à la partie poursuivante, conformément aux principes régissant la preuve.
3. La cause de justification ne doit pas être confondue avec une cause de non-imputabilité : cette dernière, qui neutralise l'élément moral de l'infraction, est personnelle. Elle rend l'agent qui en bénéficie irresponsable sur le plan pénal (l'erreur ; la contrainte irrésistible…), mais reste sans effets pour les autres participants à l'infraction. Dans la pratique, on constate néanmoins une certaine interchangeabilité entre les causes de justification et les causes de non-imputabilité.
4. La cause de justification ne doit pas être confondue avec une cause d'excuse : la cause d'excuse permet à l'auteur, reconnu coupable d'une infraction bien établie, de bénéficier d'une exemption de peine (excuse absolutoire) ou d'une atténuation de la peine (excuse atténuante).

Nous examinons ici les causes de justification suivantes :
- l'ordre de la loi et le commandement légal de l'autorité ;
- la légitime défense ;
- l'état de nécessité ;
- la résistance légitime aux abus de l'autorité ;
- le problème posé par le consentement de la victime (question controversée).

1. L'ordre de la loi et le commandement légal de l'autorité (art. 70 Code pénal)

Aux termes de l'article 70 du Code pénal, « *Sauf en ce qui concerne les infractions définies dans le livre II, titre I bis,* il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité ».

Deux remarques s'imposent d'emblée :

1. Certaines infractions, particulièrement graves, sont exclues du champ d'application de l'article 70 du Code pénal :
- l'article 70 CP exclut explicitement les violations graves du droit international humanitaire
- l'article 136*octies*, § 2 CP dispose que « le fait que l'accusé ait agi sur ordre de son gouvernement ou d'un supérieur ne l'exempte pas de sa responsabilité si, dans les circonstances données, l'ordre pouvait clairement entraîner la commission d'une des infractions visées aux articles 136*bis*, 136*ter* et 136*quater* ».
- les articles 417*ter* et 417*quater* CP disposent que l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité ne peut justifier ni la torture, ni les traitements inhumains.

571 Cass., 27 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1249.

2. L'article 70 envisage en fait deux causes de justification distinctes : l'ordre de la loi (a) et le commandement légal de l'autorité (b)

a) L'ordre ou l'autorisation de la loi

Dans ce premier cas de figure, le fait tire sa justification directement de la loi[572]. Trois cas de figure peuvent ici être distingués :

1. Le fait tire sa justification de l'ordre de la loi. La loi ordonne ici le comportement infractionnel aux termes d'une balance entre deux prescrits légaux. Ainsi, l'article 422bis CP oblige certains professionnels à violer le secret professionnel lorsqu'il s'agit de porter assistance à personne en danger[573].

2. La loi autorise de manière explicite un comportement en dérogation à un interdit pénal. Commis dans les circonstances prévues par le texte, le comportement en principe « illégal » devient légal. Ainsi en va-t-il, par exemple :
- de l'usage d'armes à feu par les fonctionnaires de police dans les cas prévus à l'article 38 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ;
- de la violation du secret professionnel, que l'article 458 du Code pénal incrimine mais « justifie » lorsqu'il s'agit de témoigner en justice ;
- de l'acte d'euthanasie pratiqué par un médecin dans le respect des conditions fixées par la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

3. L'autorisation de la loi peut être implicite : ainsi les coups et blessures commis à l'occasion de la pratique d'un sport (boxe, football, etc.) ou dans l'exercice de l'art de guérir (intervention chirurgicale). La situation est ici plus complexe, dans la mesure ou la « justification » de l'acte est soumise à condition : il faut que l'acte soit commis dans le respect des règles essentielles du sport en question ou des règles de l'art de guérir, ce dont se déduit alors le consentement de l'intéressé (voir *infra*, consentement de la victime).

b) L'ordre légal de l'autorité

Le fait incriminé est justifié par l'existence d'un ordre de l'autorité conforme à la loi[574]. Il perd donc son caractère d'infraction pénale.

Trois conditions doivent ici être réunies :

- l'acte doit être l'exécution d'un ordre et, par cet acte, l'agent se conforme à l'ordre reçu. On ne peut se prévaloir d'un ordre si l'acte dépasse l'ordre reçu ;
- l'ordre émane d'une autorité légitime, qui agit dans le cadre de ses compétences ;

---

572 À cet égard, *cf.* notamment Cass., 12 décembre 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 540, où la Cour distingue l'autorisation de la loi de l'autorisation du juge, cette dernière ne pouvant constituer une cause de justification. Dans le cas contraire, le principe de légalité des infractions serait violé.

573 À titre d'illustration, la cour d'appel de Gand a condamné un prêtre qui avait manqué de prévenir les secours et les services de police alors qu'il savait qu'une personne fidèle et amie était sur le point de se suicider. Dans un tel cas, le prêtre aurait dû violer le secret professionnel lié à sa fonction et prendre les mesures nécessaires pour éviter le décès de cette personne (Gand (8e ch.), 22 septembre 2020, *R.W.*, 2020-21, liv. 23, p. 905 ; voy., aussi, *Rev. dr. pén. crim*., 2021, pp. 444-446).

574 J. VERHAEGEN, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 79.

- l'ordre est « légal », soit conforme à la loi (le policier qui, sur ordre de son supérieur, abat un manifestant, ne sera pas justifié : il obéit à un ordre illégal).

L'appréciation de ces conditions se fait au cas par cas, par le juge de fond. La matière est particulièrement délicate dans des lieux disciplinaires tels que l'armée ou la prison et elle devient critique en temps de guerre. Ainsi, dans le cas de violences exercées sur un détenu par des membres du personnel d'un établissement pénitentiaire, la cour d'appel de Liège a estimé que :

> « Les trois conditions requises pour qu'il y ait application de ladite disposition pénale sont rencontrées en l'occurrence : leur action musclée a été ordonnée par leur supérieur hiérarchique, le chef de quartier, et rien ne permet de considérer que la violence dont ils ont (...) fait preuve à l'égard du détenu ait dépassé la mesure nécessaire pour accomplir l'acte commandé par l'autorité; cette autorité est légitime, conforme à la hiérarchie de l'établissement pénitentiaire et nul ne conteste que l'ordre était parfaitement dans les compétences dudit chef de quartier; l'ordre d'intervention par la force était non seulement légal, relevant de la compétence de son auteur, mais encore légitime, le comportement du détenu le jour des faits laissant craindre non seulement un risque pour sa propre sécurité, en cas de non-intervention, mais encore pour tout agent pénitentiaire qui aurait été amené plus tard à être confronté au détenu dans le cadre de ses fonctions, sans compter la sauvegarde du patrimoine public que constitue la cellule dont ledit prévenu avait entrepris le saccage en règle »[575].
>
> En revanche, dans le cadre d'un homicide volontaire commis par des militaires lors d'une intervention au Congo, la Cour de cassation a considéré qu' « aucune disposition légale, aucun principe général du droit ne permet 'd'achever' un blessé au motif qu'il serait 'vraisemblablement atteint mortellement' ; que l'ordre d'achever un blessé pour ce seul motif est, dès lors, manifestement criminel »[576]. En d'autres termes, l'ordre était ici « illégal » et ne justifiait donc pas l'infraction.

La réunion de ces trois conditions est donc nécessaire. Elle a pour but d'éviter de couvrir par l'article 70 du Code pénal, l'exécution d'un ordre illégal ou l'obéissance à une autorité non légitime. Que peut faire l'exécutant s'il est dans l'un de ces deux cas ? Ne pouvant invoquer l'article 70 du Code pénal, il pourra invoquer l'erreur ou la contrainte, si les circonstances (en général, l'urgence) le justifient. Il s'agit alors d'une cause de non imputabilité[577].

Par ailleurs, les articles 152 et 260 du Code pénal font bénéficier les fonctionnaires publics d'une cause d'excuse absolutoire « lorsque l'inculpé justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique ». Ainsi, le fonctionnaire de police procédant à une écoute téléphonique illégale sur ordre du procureur du Roi pourrait invoquer cette cause d'excuse[578].

---

575 Liège, 18 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 79.

576 Cass., 12 janvier 1983, *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, p. 417.

577 Voy., *infra*, § 3. L'élément moral, A. L'imputabilité morale, 2. Causes de non-imputabilité, b) Causes relatives à l'exercice momentané de ses facultés.

578 Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 105.

2. La légitime défense

a) Le principe

Cette matière est au croisement de deux questions dont l'articulation est un enjeu fondamental et récurrent en droit pénal. D'un côté, la défense de soi-même et d'autrui « dérive du droit de conservation qui appartient à tout homme » et, à ce titre, elle relève sans doute du droit naturel[579]. D'un autre côté, toute ''histoire de la justice pénale consiste dans un détachement progressif de la justice privée vers la reconnaissance de la justice publique : on ne peut se faire justice à soi-même[580], ou alors uniquement lorsque l'autorité publique ne peut intervenir.

En droit positif, la légitime défense est prévue à l'article 416 du Code pénal (au chapitre Ier du titre VIII du Livre II consacré à l'homicide et aux lésions corporelles volontaires) qui fait de la légitime défense une exception, soumise à diverses conditions, au régime général d'une justice publique. Aux termes de l'article 416 du Code pénal :

> « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ».

Selon le texte de l'article 416 du Code pénal, l'homicide, les coups et les blessures volontaires sont les faits infractionnels qui peuvent être « justifiés » par la légitime défense. Cependant, il est très largement admis, sur base du principe de l'interprétation extensive des dispositions pénales favorables au prévenu, que la légitime défense puisse justifier d'autres infractions, par exemple, la séquestration de l'agresseur ou le vol de son arme[581]. La doctrine[582] plaide d'ailleurs depuis longtemps pour que la légitime défense devienne une cause de justification générale, sortie du chapitre du Code pénal consacré aux homicides et aux coups et blessures volontaires, et incorporée dans le Livre Ier du Code pénal[583].

---

579 Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 105.

580 R. LEGROS, « Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 1966-1967, pp. 527 et s.

581 R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1926, p. 279, n° 111, note n° 1 : « en déclarant licite l'homicide et les coups et blessures, qui sont les moyens extrêmes employés pour la défense de soi-même ou d'autrui, la loi permet *a fortiori* d'échapper au danger par des moyens délictueux moins graves ». Par contre, certains estiment que dans ce type de cas (commission d'une autre infraction pour se défendre), c'est la cause de justification de l'état de nécessité qui trouve à s'appliquer (Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 95). On notera également qu'en ce qui concerne la cause d'excuse de provocation, la Cour de cassation a, estimé qu'elle ne pouvait être retenue que dans les cas prévus par la loi parmi lesquels ni le vol ni la destruction ou la dégradation de propriétés mobilières d'autrui ne faisait partie (Cass., 9 juin 2014, *Pas*., 2004, p. 987).

582 Voy., notamment, A. MARCHAL, « De l'état de légitime défense en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim*., 1967, p. 991 ; A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *in Les infractions (vol. 2) : Les infractions contre les personnes,* Bruxelles, Larcier, 2010, p. 369 ; J. DE HERT, « Fysiek interpersoonlijk geweld : een onderzoek naar de accuraatheid en de coherentie van de kwalificaties en instrumenten aangewend als reactie op physiek interpersoonlijk geweld », *R.W*., 2015-16, p. 296.

583 C'est d'ailleurs en ce sens que les auteurs du projet de Code pénal ont travaillé afin de mettre « le texte de la loi en conformité avec son application dans la pratique », J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre I[er] du Code pénal », *op. cit*., p. 65.

Le législateur s'étant abstenu de définir avec précision la légitime défense et ses contours[584], c'est la Cour de cassation qui s'en est chargée. Au terme d'une jurisprudence assez constante, la légitime défense est reconnue « « lorsque, n'ayant pas la possibilité d'écarter une agression grave et actuelle contre sa personne ou celle d'un tiers autrement qu'en commettant l'infraction, l'agent se défend d'une manière proportionnée à cette attaque injuste »[585].

La constatation d'une cause d'une légitime défense est appréciée souverainement par le juge du fond, le contrôle de la Cour de cassation en la matière se bornant à vérifier si, des faits qu'il a constatés, il n'a pas déduit des conséquences qui seraient sans lien avec eux ou qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification[586].

b) Les conditions générales de la légitime défense

La légitime défense requiert la réunion de plusieurs conditions, qui sont classiquement reprises soit comme conditions d'existence du droit à la légitime défense, soit comme conditions liées à l'exercice de ce droit.

Lorsqu'un prévenu soulève un cas de légitime défense, il doit rendre sa prétention plausible, ce qui signifie qu'il doit faire valoir, d'une manière qui ne manque pas de crédibilité, que les conditions de l'article 416 du Code pénal sont réunies. S'il s'acquitte de cette preuve, ce qu'il appartient à la juridiction de décider, il appartiendra alors au ministère public ou à la partie civile de prouver que les conditions du motif de justification invoqué ne sont pas réunies[587].

Selon la Cour de cassation :

> « La légitime défense trouve sa source dans le principe général tiré du droit de chaque personne d'assurer sa survie ou celle des autres face à une *attaque injuste*.
>
> Lorsque la légitime défense est invoquée pour justifier l'homicide, les blessures ou les coups, le juge statue en fait et, dès lors, de manière souveraine, sur la *gravité* et *l'actualité* de l'attaque injuste ainsi que sur la *nécessité* et la *proportionnalité* de la défense sur la base des circonstances de fait et compte tenu des réactions que la personne agressée pouvait ou devait raisonnablement avoir »[588].

De cet arrêt peuvent se déduire les conditions suivantes :

1. L'existence d'une agression injuste, grave, actuelle ou imminente, contre une personne

Pour invoquer le droit à la légitime défense, l'agent doit subir une *agression injuste ou illégale*.

---

584 L'article 15 du projet de Livre I[er] du Code pénal remédie à cette lacune et dispose que « nul ne peut se faire justice à lui-même en commettant une infraction. Il y a toutefois légitime défense et donc absence d'infraction lorsque la personne, n'ayant pas la possibilité d'écarter une agression injustifiée, grave et actuelle contre elle ou la personne d'autrui autrement qu'en commettant l'infraction, se défend de manière proportionnée dans l'intention de repousser cette agression ».

585 Cass., 19 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 361, note.

586 Cass., 20 mai 2020, RG. P.20.219.F, *Rev.dr.pén.crim*., 2020, n°12, p .1146.

587 Cass., 14 septembre 2021, P.21.0815.N, https://juportal.be/.

588 Cass., 28 janvier 2014, RG P.12.1776.N, *Pas.*, 2014, n°71.

> Ainsi, la cour d'appel de Liège a admis la légitime défense au profit d'un prévenu qui, n'ayant commis aucune infraction, résiste sans violence exagérée à une intervention manifestement illégale des policiers[589].
>
> En revanche, le particulier qui s'oppose à une arrestation opérée par les fonctionnaires de police conformément à la loi se trouve en état de rébellion et non de légitime défense[590].

Une conséquence importante de cette condition est qu'il n'y a, en principe, pas de « légitime défense sur légitime défense ». Autrement dit, si l'agent (par exemple un bijoutier braqué) se trouve en situation de légitime défense, son agresseur originaire (le braqueur) ne pourra invoquer à son tour la légitime défense pour justifier une réaction postérieure : il ne subit pas, à ce stade, une agression injustifiée.

Toutefois, si à une agression injuste de l'agresseur originaire (le braqueur), l'agent (le bijoutier) répond par une riposte disproportionnée, il commet à son tour une agression injustifiée. L'agresseur originaire pourra alors invoquer la légitime défense s'il se défend à son tour de manière proportionnée pour contrer la riposte de l'agent[591].

L'agression subie doit être *grave*. L'agression ou la menace d'agression à l'égard de la personne doit être de nature à mettre gravement en péril l'intégrité physique d'une personne. La Cour d'assises de la Province de Namur a considéré que cette condition n'était pas rencontrée dans le cas d'une injure proférée par la victime à l'encontre de l'accusée compte tenu du « climat habituel de violences plurielles (morales, verbales et physiques) existant au sein du couple »[592].

L'agression doit être *actuelle ou imminente*[593], laissant supposer la nécessité impérieuse de se protéger soi-même ou autrui. Il en découle que la légitime défense ne peut couvrir un acte commis à titre « préventif », contre une agression éventuelle ou lointaine, ni à titre « curatif » ou « vindicatif » pour se venger de l'agression subie[594]. Toutefois, l'état de légitime défense se maintient tant que l'infraction n'a pas pris fin. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que les violences visées par l'article 417, alinéa 3, du Code pénal et contre lesquelles la loi permet de se défendre ne sont pas seulement celles que l'agresseur exerce directement pour commettre le vol mais également celles qui sont employées par ce voleur, surpris en flagrant délit, pour se maintenir en possession des objets volés ou pour prendre la fuite[595]. La légitime défense reste

---

589 Liège, 22 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1.474. La Cour a constaté qu'il en est ainsi lorsque ces policiers agissent en dehors de toute arrestation administrative ou judiciaire à la requête d'un médecin en vue de convaincre l'intéressé de se rendre à l'hôpital et non à la requête du procureur du Roi en vue de sa mise en observation.

590 Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 96.

591 *Idem*, p. 99.

592 Cass., 8 novembre 2017, P.17.0659.F, *N.C.,* 2018, p. 473, note J. De Herdt.

593 Cass., 26 janvier 1959, *Pas.*, I, p. 526 ; Cass., 18 avril 2007, qui souligne la volonté de « neutraliser l'agresseur présumé ». L'agression éventuelle est exclue (Liège, 13 février 1980, *J.L.*, 1980, p. 161). En revanche, il a été admis que le prévenu puisse s'attendre à une éventuelle agression et s'y prépare (Anvers, 13 septembre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 1397, note T. ONGENA).

594 Conclusions de M. l'Avocat général D. VANDERMEERSCH avant Cass., 19 avril 2006. Ainsi, tirer avec une arme à feu dans le dos de son agresseur qui s'enfuit n'est pas justifiable par la légitme défense, dès lors que l'agression n'est plus actuelle ou imminente. Dans ce cas, l'agent pourra éventuellement invoquer la force irrésistible ou la cause d'excuse de provocation (Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.,* p. 97).

595 Cass., 6 mars 2019, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, p. 978.

donc applicable, nonobstant la consommation du vol, à l'égard de la défense que l'agressé oppose aux violences déployées par le voleur pour se maintenir dans un état infractionnel.

Enfin, l'agression doit être dirigée contre une *personne*, soi-même ou autrui[596]. Dans son état actuel[597], le droit pénal belge ne reconnaît pas, contrairement au droit pénal français ou néerlandais[598], que la légitime défense puisse s'étendre à la protection des biens (sous réserve des cas prévus aux articles 417 du Code pénal).

2) La nécessité de se défendre ou l'absence d'alternative légale (principe de subsidiarité)

La légitime défense suppose que la riposte soit impérieusement nécessaire. Il faut que l'agent n'ait pas d'autre moyen d'écarter le mal actuel ou imminent qu'en commettant l'infraction[599]. A ce titre, la légitime défense est un état de nécessité[600] et repose sur un principe de subsidiarité : si l'agent a la possibilité d'empêcher l'agression autrement, il doit privilégier ce moyen (s'enfuir, appeler la police, etc.). Cette condition de subsidiarité s'apprécie en fait par le juge de fond, « en tenant compte des réactions que la personne agressée pouvait et devait raisonnablement avoir »[601].

3. Un acte de défense strictement nécessaire et proportionné à l'agression

La réaction de l'agent qui se défend doit être utile et pertinente ou « *strictement nécessaire* »[602]. La riposte doit donc être de nature à écarter le mal où à s'en protéger et rester dans les limites de cet objectif[603].

---

596 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. I, n° 575; J. LARGUIER, « La légitime défense d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 406 et s.; Liège, 26 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1175.

597 Le nouveau projet de Code pénal ne prévoit pas non plus de légitime défense aux biens.

598 L'article 122-5, alinéa 2 du Code pénal français qui dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ». L'article 41 du Code de droit pénal néerlandais prévoit que « n'est passible d'aucune peine quiconque commet un acte commandé par la défense nécessaire de sa personne (« *lijf* ») ou de celle d'autrui, de son honneur (« *eerbaarheid* »)598 et de son bien (« *goed* ») contre une atteinte illicite et actuelle ».

599 Cass. (2e ch.), 19 avril 2006, *Rev. dr. pén. crim*., 2006, p. 932 avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; *Pas*., 2006, I, no 221 et *J.T.*, 2006, p. 361.

600 Sur cette question, voy. les conclusions de M. l'Avocat général D. VANDERMEERSCH avant Cass., 19 avril 2006: « La légitime défense constitue un cas particulier de l'état de nécessité : la condition de nécessité inclut ici tant la condition de subsidiarité que celle de proportionnalité ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel ont légalement justifié d'écarter la légitime défense en considérant que le demandeur pouvait s'enfuir en quittant les lieux et qu'il avait ainsi un autre moyen pour se protéger lui-même ainsi que ses passagers que de porter atteinte à l'intégrité physique du défendeur. A l'inverse, la Cour a estimé que n'est donc pas légalement justifié l'arrêt qui admet l'existence de violences graves susceptibles de mettre en danger l'intégrité physique du prévenu mais qui ne constate cependant pas que celui-ci, pour se soustraire à ces violences, n'avait pas d'autre choix possible que de démarrer sa voiture en prenant sciemment le risque d'écraser le pied de son adversaire (Cass., 5 octobre 2016, P.16.0698.F, https://juportal.be/).

601 Cass., 5 octobre 2016, P.16.0698.F, https://juportal.be/.

602 Cela implique qu'il ne doit pas y avoir d'autres moyens dommageables. Voy. Cass. (2e ch.), 19 avril 2006, *Rev. dr. pén. crim*., 2006, p. 932 avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; *Pas*., 2006, I, n° 221 et *J.T.*, 2006, p. 361.

603 Voy. Liège, 25 avril 2013, 2012/RG/597, https://juportal.be/, où la Cour a considéré que face à l'attaque dont il était victime, l'auteur des faits, plutôt que d'asséner un coup de poing en plein visage du plus jeune de ses agresseurs… par ailleurs, aurait pu se contenter de repousser physiquement ses agresseurs au lieu de porter directement un coup au niveau du visage de l'un de ceux-ci.

Il faut en outre que la réaction soit *proportionnée* à la gravité de la menace ou de l'agression que l'on veut conjurer[604]. On se défend avec mesure. Il s'agit ici d'une question de fait, dont l'appréciation relève du juge de fond « « compte tenu des réactions que la personne agressée pouvait ou devait raisonnablement avoir »[605]. Par ailleurs, l'exigence de proportionnalité n'implique pas que la défense doive s'exercer à l'aide des mêmes armes que celles dont s'est servi l'agresseur[606].

c) Les présomptions de légitime défense de l'article 417 du Code pénal

L'article 417 du Code pénal institue deux présomptions de légitime défense[607]. La première concerne le cas de *pénétration d'un lieu habité durant la nuit avec escalade ou effraction* d'une part (art. 417, 2° CP). La seconde les cas de *vol ou de pillage, exécutés avec violence envers les personnes* (art. 417, 3° CP). Dans ces deux cas de figure, les conditions de la légitime défense sont présumées réunies dans le chef de la personne qui se défend.

Ceci signifie que le juge n'a pas à rechercher si les conditions générales de la légitime défense prévue à l'article 416 du Code pénal sont réunies[608]. La loi présume qu'elles le sont, ce qui explique que certains auteurs qualifient ces cas de « cas dits privilégiés » de légitime défense[609]. Cette situation n'est pas sans un certain danger, car peuvent se trouver ainsi justifiées des situations où l'exigence de proportionnalité de la défense par rapport à l'attaque fait défaut[610].

Le statut de la présomption n'est pas identique dans les deux cas. Dans le cas prévu à l'article 417, 3° du Code pénal (vol ou pillage avec violences envers les personnes), la présomption est *irréfragable* : elle ne peut en aucune manière être renversée.

Dans le cas prévu à l'article 417 2° du Code pénal (pénétration d'un lieu habité durant la nuit avec escalade ou effraction), la présomption est en revanche *réfragable* : elle existe a priori, mais peut être renversée par la partie poursuivante (ministère public, partie civile). Cette dernière doit alors établir, au-delà de toute doute raisonnable, que « l'agent n'a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l'escalade ou

---

604 Cass., 23 janvier 2013, P.12.0415.F, https://juportal.be/.

605 Ibidem.

606 Cass., 16 novembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 60 ; Mons (4e ch.), 19 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1782 : « La proportionnalité de la défense doit être appréciée en tenant compte de la gravité de l'attaque, et ce, indépendamment des moyens utilisés par l'agressé pour se défendre ». De même, il a été jugé que « le fait que l'un des prévenus ait fait usage, pour se défendre, d'un bâton en bois qu'il avait fortuitement à la main alors que l'autre partie n'était pas armée ne signifie pas, pour autant, que la défense était disproportionnée », Cass., 28 janvier 2014, P.12.1776.N, *Pas.*, 2014, n° 71.

607 À cet égard, voy. A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *op. cit.*, pp. 397 et s.

608 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2678, p. 415 et les références citées, notamment Cass., 3 mars 1941, *Pas.*, I, p. 61.

609 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 204, n° 241.

610 Voy., notamment, Corr. Termonde, 17 septembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 338, qui a jugé qu'un dépassement éventuel des limites de la défense nécessaire peut être admis comme une conséquence indirecte d'un état d'émotion causé par les expériences traumatisantes provoquées par des faits brutaux du même genre. Le projet de Code pénal entérine cette jurisprudence, pourtant isolée, en créant une nouvelle cause d'excuse atténuante, celle de l'excès de légitime défense qui peut être admise « lorsque la personne réagit de manière disproportionnée ou non nécessaire à une agression illicite, grave et actuelle contre elle ou la personne d'un tiers et que cette réaction a été la conséquence immédiate de l'intense émotion créée par l'agression » (article 34, alinéa 1er du projet).

l'effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci ». Il a été jugé que tel n'était pas le cas lorsque la personne qui a pénétré dans l'habitation résidait à cette adresse et qu'elle s'était introduite dans les pièces de l'immeuble où l'auteur s'était enfermé à la suite d'une nouvelle mésentente entre partenaires. En d'autres termes, une porte d'une chambre ne peut pas être assimilée à une clôture au sens de la loi[611].

On soulignera encore que l'article 417 du Code pénal vise deux cas de figure où une agression est dirigée contre les biens. La légitime défense est ici toutefois reconnue, car l'agression laisse présumer un attentat ou un danger contre les personnes.

d) L'usage des armes par les fonctionnaires de police

L'article 38 de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992 autorise les fonctionnaires de police à faire usage d'armes à feu contre des personnes en cas de légitime défense (art.38, 1°). Mais la loi justifie aussi un tel usage dans des conditions plus larges que celles requises par la légitime défense (art. 38, 2°, 3° et 4°). Dans ces derniers cas, proches de situations de légitime défense, on peut considérer que la cause de justification repose sur l'autorisation de la loi[612].

3. L'état de nécessité

a) Statut et définition

À la différence des deux causes de justification précédentes, l'état de nécessité n'est consacré comme tel par aucune disposition légale. Cette cause de justification a été élaborée par la doctrine et par la jurisprudence.

Si son existence n'est plus contestée, par contre, le fondement et la nature de l'état de nécessité ont longtemps fait l'objet de deux conceptions différentes. Selon un premier courant, l'état de nécessité était assimilé à la notion légale de contrainte ou de force majeure, prévue à l'article 71 du Code pénal. L'état de nécessité est alors une cause de non-imputabilité - on parle aussi de « cause de justification subjective » - personnelle à l'auteur des faits. Si elle annihile l'élément moral de l'infraction pour ce dernier, elle ne profite pas aux autres participants à l'infraction. Selon un second courant, l'état de nécessité, notion autonome, est une cause de justification objective qui neutralise l'élément légal de l'infraction. L'infraction est alors supprimée, ce qui est tout bénéfice tant pour l'auteur des faits que pour ses éventuels coauteurs ou complices.

L'enjeu n'est donc pas que théorique. Dans un arrêt du 13 mai 1987, la Cour de cassation a tranché la question[613]: l'état de nécessité est une cause de justification objective, fondée sur un

---

611 Cass., 8 novembre 2017, *N.C.*, 2018, p. 473, note J. DE HERDT.

612 D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, 3e éd., Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 102 et s.

613 Voir Cass. (2e ch.), 13 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 588, note A. DE NAUW, *J.T.*, 1988, p. 170 et *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165, note Y. HANNEQUART. En l'espèce, des malfaiteurs avaient déposé plainte pour violation du secret professionnel à l'encontre d'un médecin ayant divulgué le lieu de leur retraite. La Cour de cassation a admis l'argument tiré de l'état de nécessité invoqué par le médecin, au vu du conflit de valeurs qui s'imposait à lui, à savoir son obligation légale au silence, d'une part, et d'autre part, son obligation morale de révéler aux policiers le lieu de retraite de personnes dangereuses pour la société et activement recherchées.

principe général de droit et autonome par rapport à la contrainte. Il n'y a donc pas lieu ici de se référer à l'article 71 du Code pénal[614].

De manière générale, l'état de nécessité se définit comme une situation dans laquelle une personne n'a pas raisonnablement d'autre choix que de commettre une infraction pour sauvegarder un intérêt égal ou supérieur à celui que cette infraction sacrifie.

b) Les conditions de l'état de nécessité

L'état de nécessité comme cause de justification requiert l'existence de plusieurs conditions. Selon la Cour de cassation :

> « L'état de nécessite ne peut…être admis comme cause de justification que si la valeur du bien sacrifié est inférieure ou équivalente à celle du bien que l'on prétend sauvegarder, que le droit où l'intérêt à sauvegarder soit en péril imminent et grave, qu'il soit impossible d'éviter le mal autrement que par l'infraction et que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait le péril » (Cass., 4 mars 2014)[615].

1. La sauvegarde d'un intérêt équivalent ou supérieur à celui sacrifié par l'infraction

La première condition d'admission de l'état de nécessité est que, en commettant l'infraction, l'agent cherche à sauvegarder un intérêt (ou une valeur) considéré comme égal ou supérieur à l'intérêt sacrifié par son acte[616].

L'état de nécessité suppose donc un conflit de valeurs ou d'intérêts qui place l'agent devant un choix parfois très délicat. La pesée des intérêts en présence, qui relève du juge de fond, sera appréciée dans chaque cas.

La jurisprudence en la matière est abondante et débouche sur des solutions en sens divers.

> En matière d'infractions de roulage, par exemple, l'état de nécessité a été retenu pour un médecin ayant commis un excès de vitesse dans des conditions ne présentant aucun danger pour autrui, au motif qu'il était appelé d'urgence au domicile d'un patient[617].
>
> Par contre, pour une même infraction, un radiologue ayant invoqué non pas l'urgence mais le fait que « son travail de la journée risquait d'être désorganisé » s'est vu refuser l'état de nécessité[618].
>
> On retiendra également une décision estimant que le fait qu'un témoin de Jéhovah ait refusé d'accomplir non seulement le service militaire, mais encore le service civil de

614 Cass., 5 janvier 2016, P.15.1203.N.

615 Cass., 4 mars 2014, R.G. n°P.13.1775.N.

616 Ainsi, il a été jugé qu'une *réquisition illégale de bétail* en temps de guerre était justifiée par l'état de nécessité, car il s'agissait de nourrir une population affamée suite à des bombardements (Trib. De Huy, 19 avril 1917). Comme exemple inverse, on cite le cas de « *La Mignonette* ». En 1884, suite au naufrage de leur navire, les marins tuent un de leurs, malade et condamné ; pour s'en nourrir et survivre. On leur refusera l'état de nécessité (C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 171).

617 Pol. Soignies, 26 octobre 1972, *J.T.*, 1973, p. 63; Pol. Gand, 4 mai 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 80.

618 Pol. Charleroi, 27 septembre 1974, *J.T.*, 1974, p. 694.

> remplacement, n'était pas constitutif d'un état de nécessité, étant donné que « la sauvegarde de convictions religieuses personnelles ne constitue pas un intérêt plus important que celui qui consiste à respecter les lois qui imposent le service militaire »[619].
>
> Récemment, la Cour de cassation française a estimé que le juge motive légalement sa décision d'écarter le fait justificatif tiré de l'état de nécessité lorsqu'il constate qu'il n'est pas démontré en quoi le vol du portrait du président de la République constituerait un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes et des biens du danger actuel ou, en tout cas, du péril imminent pour la communauté humaine et pour les biens de cette dernière que représente le réchauffement climatique planétaire. Rien, en l'espèce, ne contraignait les prévenus, dont l'action s'inscrivait en réalité dans un mouvement politique et militant ayant pour objet de contester la politique du chef de l'État, d'informer et de sensibiliser le public et le gouvernement sur l'urgence à agir en matière de changement climatique et de dénoncer ce qu'ils qualifiaient d'inaction, à commettre cette infraction pour parvenir au but affiché[620].

On soulignera également que certaines infractions ne peuvent jamais être justifiées par l'état de nécessité, dans la mesure où l'incrimination vise ici à protéger des valeurs et intérêts que l'on ne saurait mettre en balance avec d'autres. Ainsi, l'article 417*ter* du Code pénal dispose que l'état de nécessité ne peut jamais justifier le crime de torture[621]. De même, l'article 136*octies*, 1° du Code pénal dispose « qu'aucun intérêt, aucune nécessité de nature politique, militaire ou nationale ne peut justifier les infractions définies aux articles 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies* et 136*septies*, même si celles-ci sont commises à titre de représailles ». Autrement dit, les crimes de droit international humanitaire ne peuvent jamais être justifiés par l'état de nécessité, même s'ils sont commis en réponse à des crimes tout aussi atroces, sinon plus.

2. Une mise en danger grave, imminente et certaine de l'intérêt à sauvegarder

La deuxième condition d'admission de l'état de nécessité réside en ce que l'intérêt à sauvegarder soit en danger « imminent, grave et certain »[622]. Cette condition entraine une double conséquence. D'une part, le dommage ne doit pas être déjà produit ; d'autre part, la crainte d'un danger plus ou moins éloigné, ou simplement éventuel ne saurait justifier la violation de la loi.

> En matière de non-représentation d'enfant (art. 432 C.P.), la cour d'appel de Bruxelles n'a pas retenu l'état de nécessité invoqué par un prévenu pour justifier son refus de ramener ses enfants en Belgique malgré une ordonnance de placement des enfants prise dans l'intérêt de ces derniers. La cour a estimé que, vu cette ordonnance de placement, « il n'y avait plus péril imminent » pour les enfants[623].

---

619 Cour mil., 13 mai 1981, *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 174 et 24 septembre 1981, *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 172.

620 Cass. française (ch. crim.), 22 septembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 425, note F. KUTY, « La cause de justification du militant politique pacifiste en droit pénal : lorsque la liberté d'expression vient suppléer l'inapplicabilité de l'état de nécessité ».

621 Voy. D. VANDERMEERSCH, « La torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant », *Les infractions*, vol.2, *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 477.

622 Cass., 28 février 1955, *Pas.*, I, p. 709.

623 Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, n° 6049, pp. 266 et s.

3. La nécessité de commettre l'infraction (principe de subsidiarité)

L'agent doit être dans l'impossibilité de sauvegarder l'intérêt ou la valeur mis en danger autrement qu'en commettant l'infraction[624]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'exigence de « nécessité » de l'infraction[625].

> Ainsi, il a été jugé que le conducteur qui a fait l'objet de violences de la part d'un autre et qui prend la fuite en brûlant un feu rouge ne peut invoquer l'état de nécessité, car il aurait pu se soustraire à de nouvelles violences en se retirant et en fermant sa fenêtre[626].
>
> En revanche, cette nécessité a été admise dans un autre cas où un automobiliste, pour échapper à l'agression d'un individu ayant un comportement intimidant et menaçant, met son véhicule en marche et entre en collision sur la bande de gauche avec un autre conducteur[627]. Il en va de même de celui qui a fui après avoir causé un accident, dès lors qu'il aurait pu s'immobiliser, fût-ce les quelques instants nécessaires à la communication de ses coordonnées à l'autre automobiliste. Dans ce cas, le tribunal a toutefois décidé d'acquitter le prévenu de l'infraction de délit de fuite puisqu'il résultait des éléments de la cause qu'il se trouvait légitimement dans un état de stress et de préoccupation lié à l'état de son épouse qui allait accoucher, de sorte qu'il n'était pas prouvé qu'il avait l'intention de se soustraire aux constatations utiles[628].
>
> Dans l'affaire de non-représentation d'enfant évoquée ci-dessus, la cour d'appel de Bruxelles avait dans un premier temps retenu l'état de nécessité dans le chef du père refusant de ramener les enfants chez leur mère à la suite d'une période d'hébergement pendant les vacances, au motif que ce dernier avait pu « vraisemblablement estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder la santé physique et psychologique de ses trois enfants (...) autrement qu'en commettant les faits »[629].

ll faut également que la sauvegarde de l'intérêt supérieur ne soit pas imposée par la loi[630] – auquel cas le fait serait justifié par l'ordre de la loi –, mais seulement par une « obligation morale »631. Ainsi pourra-t-on considérer que si un individu pénètre par effraction dans une maison pour y sauver des biens ou arrêter un incendie, il y aura état de nécessité, car aucune obligation légale ne lui impose un tel comportement, tandis que s'il y pénètre pour sauver une

---

624 Bruxelles, 19 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 47 ; Bruxelles, 17 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 127 ; Cass., 13 mai 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 856 ; Corr. Charleroi, 1er juin 1988, *J.T.*, 1988, p. 625 ; Mons, 18 janvier 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 1036 ; Cass., 10 janvier 1995, *Dr. circ.*, 1995, p. 239 ; Cass., 5 avril 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 634 ; Bruxelles, 4 septembre 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1082 ; Bruxelles, 11 mars 1997, *T.A.V.W.*, 1997, p. 221 ; Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, I, p. 245 ; Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 266 ; Cass., 24 janvier 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 385 ; Pol. Gand, 4 mai 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 80 ; Cass., 22 mai 2012.

625 Bruxelles, 12 janvier 1995, déjà cité.

626 Bruxelles, 11 mars 1997, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1084. « N'est pas justfié par l'état de nécessité l'infraction commise par un conducteur qui, à l'arrêt et pour échapper aux violences d'un autre conducteur qui le saisit par les cheveux à travers son carreau latéral ouvert, démarre, brûle un feu rouge et provoque un accident avec un troisième conducteur. L'agresseur s'était écarté et le conducteur aurait pu se soustraire à de nouvelles violences en fermant sa fenêtre, de sorte que le danger d'une (nouvelle) agression n'était plus actuel et imminent ».

627 Civ. Louvain, 8 janvier 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 748, note A. TERMONIA.

628 Corr. Bruxelles (48ème ch. bis), 26 mars 2019, *CRA*, 2019, liv. 4, p. 27.

629 Bruxelles, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, n° 6049, pp. 266 et s.

630 Bruxelles, 19 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 47 ; Bruxelles, 17 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 127.

631 Cass., 13 mai 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 856.

vie humaine, il n'y aura plus état de nécessité, étant donné qu'il ne fait que se conformer à l'obligation légale de porter assistance à une personne en danger[632].

c) Le problème de l'état de nécessité provoqué par la faute de l'agent

Une personne s'étant placée par sa faute dans une situation l'amenant à commettre une infraction pour sauvegarder un intérêt égal ou supérieur peut-elle invoquer l'état de nécessité ?

Trois cas de figure peuvent ici être envisagés :

a) Si l'auteur s'est mis sciemment et sans y être contraint dans un état de nécessité *prévisible*, la cause de justification ne pourra pas être invoquée :

> « Il ne saurait être question d'état de nécessité lorsque l'auteur s'est mis sciemment et sans y être contraint dans une situation débouchant de manière prévisible sur un conflit entre des intérêts »[633].
>
> « Ainsi, la cour d'appel a-t-elle pu légitimement refuser d'appliquer l'état de nécessité pour justifier une infraction de non-représentation d'enfant en raison de la faute initiale de l'agent : refusant de remettre l'enfant à son père, en raison des angoisses manifestées par l'enfant à la perspective de rencontrer celui-ci, la mère s'est vue refuser l'état de nécessité au motif qu'elle avait contribué à transmettre ces angoisses « sans que celles-ci soient objectivées par des événements réels et non fabulés ». Par son comportement, il a été jugé que la mère avait « tendu sciemment à mettre en échec les décisions judiciaires »[634].

b) Si l'auteur s'est mis sciemment et sans y être contraint dans un état de nécessité, mais sans prévoir que ceci déboucherait sur un conflit d'intérêt l'amenant à commettre une infraction, l'état de nécessité n'est pas exclu.

c) Selon certains[635], si l'état de nécessité est provoqué par la faute de l'agent mais de manière involontaire (imprudence ou négligence), il n'est pas exclu a priori non plus d'en faire bénéficier l'agent.

À l'appui est cité un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1987, selon lequel :

---

632 R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, vol. II, p. 334. Comparer Pol. Soignies, 26 octobre 1972, *J.T.*, 1973, p. 63 qui, d'une manière ambiguë, justifie l'acquittement du prévenu en se fondant à la fois sur l'obligation de venir en aide à une personne en danger et sur le fait « que l'on pourrait évoquer, *en outre*, le cas de nécessité ou de force majeure ».

633 Cass., 4 mars 2014, P.13.1775.N, *Pas*., 2014, n° 169.

634 Cass., 19 octobre 2005, RG P.05.0807.F, *Pas*., 2005, n° 519.

635 Voy. A. DE NAUW, « La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité », note sous Cass., 13 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 606.

« Lorsque les conditions de l'état de nécessité sont réunies, l'existence, dans le chef de l'agent, d'une faute par laquelle il aurait lui-même créé la situation dont il déduit la nécessité, n'exclut pas, *en principe*, qu'il puisse cependant se prévaloir de cette cause de justification »[636].

Les termes « n'exclut pas » et « en principe » soulignent bien cependant que l'acceptation de l'état de nécessité dans ce cas est loin d'être automatique.

4. La résistance légitime aux abus de l'autorité

Bien qu'elle ne soit consacrée par aucun texte légal, il résulte d'une jurisprudence ancienne[637], confirmée par des arrêts plus récents[638], que la résistance légitime aux abus de l'autorité constitue une cause de justification admise en droit belge[639].

Cette cause de justification s'apparente en fait à un cas de légitime défense où l'agent est amené à se défendre contre une autorité qui, investie d'un pouvoir légitime de contrainte, commettrait un abus de pouvoir.

Le comportement de l'agent se situe ici à la frontière entre l'infraction de rébellion et la défense légitime contre l'excès de pouvoir.

Cette cause de justification est soumise à des conditions très strictes pour deux raisons. D'une part, elle constitue - au même titre que la légitime défense -, une exception au principe général de droit interdisant de se faire justice à soi-même. D'autre part, l'autorité à laquelle on « résiste » bénéficie d'une présomption de légitimité.

Suivant la jurisprudence, trois conditions doivent dès lors être réunies :
- l'illégalité de l'acte ou l'abus doit être « manifeste » ou « flagrant »[640],
- l'acte de l'autorité « nécessite une réaction sans retard »[641], soit une réaction immédiate pour éviter un mal irréparable,
- l'acte de l'agent n'excède pas « les limites de la résistance nécessaire pour entraver l'exécution de cet acte »[642], ce qui suppose donc une réaction proportionnée à la nature et aux conséquences de l'acte illégal.

---

636 Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1061. Un exemple classique est celui du fumeur qui provoquerait un incendie par imprudence et commettrait ensuite une « violation de domicile » pour éteindre celui-ci (Sur ceci, voy. Th. MOREAU, D. VANDERMEERESCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.,* p. 93-94).

637 Cass., 12 décembre 1859, *Pas.*, 1860, I, p. 173.

638 Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, I, p. 1014 ; Cour mil., 23 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1039. ; Cass. 12 décembre 2012, RG P.12.312.F, *Rev. dr. pén.crim*., 2013, p. 540.

639 À ce sujet, *cf.* J. VERHAEGEN, *La protection pénale contre les excès du pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969. Sur l'application de cette hypothèse en matière disciplinaire, voy. B. LOMBAERT, « Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *J.T.*, 1998, pp. 265 et s.

640 Le prévenu qui, n'ayant commis aucune infraction, résiste sans violence exagérée à une intervention manifestement illégale des policiers, peut invoquer la légitime défense. Il en est ainsi lorsque ceux-ci agissent en dehors de toute arrestation administrative ou judiciaire à la requête d'un médecin en vue de convaincre l'intéressé de se rendre à l'hôpital et non du procureur du Roi en vue de sa mise en observation urgente (Cass. 12 décembre 2012, RG P.12.312.F, *Rev. dr. pén.crim*., 2013, p. 540).

641 Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, I, p. 1014 ; Cour mil., 23 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1039.

642 Cour mil., 23 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1039.

Le tribunal correctionnel de Liège a fait application de cette cause de justification au cas d'un mendiant qui s'était rebellé dans le cadre d'un contrôle de police illégal à son encontre. L'intéressé avait été contrôlé alors qu'il demandait l'aumône, pour la seule raison que les policiers avaient connaissance de ses antécédents. Il s'était rebellé en vociférant et en se débattant, sans porter de coups[643].

5. Le problème posé par le consentement de la victime

a) Le consentement de la victime ne vaut pas cause de justification

En principe, le consentement de la victime d'une infraction ne constitue jamais une cause de justification, au motif que la victime ne peut disposer elle-même des valeurs ou intérêts protégés par la loi pénale. Les lois pénales sont d'ordre public et les particuliers ne peuvent y déroger par des accords qui viendraient modifier le contenu ou le champ d'application du droit pénal[644].

Le consentement de la victime a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive et nuancée dans le cadre de pratiques sadomasochistes[645]. Ces pratiques, sources de coups et blessures volontaires, sont parfois justifiées par leurs auteurs au nom du consentement de la victime et du droit au respect de la vie privée. A cet égard, la Cour de cassation a considéré que :

> « En matière de coups et blessures volontaires, le consentement de la victime n'annule ni le caractère illégal des faits, ni la culpabilité de l'auteur et, dès lors, ne constitue pas une cause de justification »[646].
>
> Toutefois, et conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[647], la Cour de cassation a admis que le consentement de la victime pouvait constituer une cause d'excuse, pour autant que les coups et blessures ne portent pas

---

643 Corr. Liège (15ème ch.), 3 juillet 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1504 ; N. COLETTE-BASECQZ et. al., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 528.

644 « Les lois pénales sont d'ordre public : les particuliers ne peuvent y déroger par des accords qui auraient pour objet ou pour effet d'en modifier la portée, d'en restreindre le champ d'application, d'amener quelqu'un à commettre une infraction ou d'exonérer son auteur de la responsabilité pénale » (Cass., 6 septembre 2006, RG P.06.0492.F, *Pas*., 2006, p.1640). Ainsi, dans le cas d'une infraction constitutive d'une atteinte à l'intégrité physique (mutilation) ou à la vie d'une personne (suicide assisté), le consentement de la victime n'exonère pas l'auteur de sa responsabilité pénale. C'est évidemment différent si l'auteur agit dans des cas et selon des conditions prévues par la loi (frontière entre le suicide assisté et les cas d'euthanasie légale).

645 Cass., 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 562. À ce sujet, *cf.* G. GENICOT, « Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée », *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 213 et s. Comp.: Gand, 23 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 855 (note A. VANDEPLAS, « Over sadomasochisme » et *A.J.T.*, 1997-1998, p. 260, note P. ARNOU), qui a admis que de tels actes n'étaient pas punissables à la condition qu'il s'agisse de formes légères de violence physique, étant donné que chacun dispose de son intégrité physique dans une mesure limitée et en vue d'atteindre un but raisonnable. Cette dernière position peut être rapprochée de celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, pour apprécier la légitimité de l'ingérence de l'État. Voy. Cour eur. D.H., 19 février 1997, arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*. À cet égard, voy. M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », obs. sous Cour eur. D.H., 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 738 et s. Voy., également, Cour eur. D.H., 17 février 2005, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, § 85.

646 Cass. 6 décembre 2005, R.G. P.05.0576.N.

647 Cour eur. D.H., 19 février 1997, arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*. À cet égard, *cf.* M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », obs. sous Cour eur. D.H., 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 738 et s. *Cf.* également Cour eur. D.H., 17 février 2005, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, § 85.

atteinte à la santé de la personne et qu'ils aient reçu le consentement légal de la victime (qui doit donc être majeure)[648].

b) Le cas de l'intervention médicale et des accidents sportifs : l'autorisation de la loi

Dans certains cas, une infraction commise avec le consentement (ou non) de la victime peut être justifiée sur la base de l'autorisation explicite ou implicite de la loi.

C'est le cas en matière d'intervention médicale : le médecin qui pose des actes assimilables à des coups et blessures volontaires (intervention chirurgicales), avec ou sans le consentement du patient, verra son acte infractionnel justifié s'il agit dans un but thérapeutique et dans le respect des règles de l'art[649].

En matière d'accidents sportifs, le principe est le même. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'impunité du joueur de football qui blesse un adversaire au cours d'un match repose sur le fait qu'il « respecte les limites des règles mêmes de ce sport »[650].

c) L'atteinte à un bien dont la « victime » peut disposer librement

Dans les cas où l'infraction consiste dans l'atteinte à un bien dont les particuliers peuvent disposer librement, comme en matière de vol, le consentement de la victime est « exclusif d'infraction ». Dans ce cas, les conditions de l'infraction ne sont pas réunies et on parlera plutôt d'un don ou d'un prêt.

§ 2. L'élément matériel de l'infraction

Toute infraction présente un élément objectif (l'élément matériel) et un élément subjectif (l'élément moral) qui sont, ensemble, les éléments « constitutifs » de l'infraction prévue par la loi.

L'élément matériel, que nous envisageons ici, concerne le comportement extérieur (et ses composantes) qui contribue à réaliser le fait infractionnel. Il renvoie au concept « d'acte pénal » ou *actus reus* tel qu'on le théorise en droit anglo-américain[651]. Un principe de base est ici que, pour respecter le principe de légalité des incriminations, l'acte ou le comportement interdit doit en principe être décrit de manière suffisamment claire et précise dans tous ses éléments constitutifs (principe de légalité au sens substantiel, voy. *supra*).

---

648 Cass. 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén. crim,* 1999, p. 562.

649 « Le médecin bénéficie de l'autorisation de la loi pour poser des actes s'analysant comme des coups et blessures volontaires moyennant le respect d'un but thérapeutique, le consentement libre et éclairé du patient, la proportionnalité entre les risques et les résultats et le respect des règles de l'art. La preuve de cette cause de justification n'incombe pas au prévenu lorsque ses allégations ne sont pas dépourvues de crédibilité. Devant de telles allégations, il appartient donc à la partie civile et au ministère public de démontrer que cette cause de justification n'existe pas au regard des critères rappelés » (Bruxelles, 21 février 2014, *J.L.M.B*., 2014, p. 996.

650 « S'ils assument les risques du jeu de football, les joueurs ne le font que dans les limites des règles même de ce sport » (Cass. 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 487).

651 Voy. Fr. TULKENS, *L'actus reus en droit pénal anglo-américain*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

A. L'exigence d'un acte interdit par la loi : un enjeu démocratique

Le droit pénal requiert l'accomplissement d'un acte extérieur (*an overt act*) interdit par la loi. La conséquence en est que la criminalité « intellectuelle » reste impunie, comme la criminalité latente qui resterait « immergée » dans la conscience : « les intentions qui ne se manifestent par aucun acte extérieur n'offrent pas de prise à une accusation humaine », déclarait déjà Th. Hobbes[652]. Le droit pénal gouverne donc la conduite et non pas la pensée[653] et cette exigence d'un acte extériorisé traduit l'idée que l'objet propre du droit pénal est de prévenir et sanctionner les dommages causés à la société ou à autrui (*harm to others*)[654].

On rappellera ici que cette exigence de l'acte pénal se trouve au fondement du droit pénal classique et néoclassique. Pour ces courants de pensée, la justice pénale est réactive ne peut intervenir qu'une fois l'acte pénal commis. Pour les penseurs positivistes, en revanche, il n'était pas exclu d'intervenir de manière préventive, avant la commission d'un acte dès lors que l'attitude de l'auteur signale un danger pour la société. L'exigence de l'acte constitue donc une limite à l'emprise du droit pénal et amène certains à considérer qu'« un droit pénal démocratique est un droit pénal de l'acte »[655], gardien des libertés. A l'inverse, l'introduction dans le droit pénal de la notion criminologique de dangerosité (due aux criminologues positivistes) infléchit le droit pénal vers un droit pénal de l'agent, potentiellement totalitaire[656].

Les lois de dangerosité sociale fondées sur les caractéristiques de l'auteur (le mineur, le malade mental, le récidiviste, le délinquant sexuel), sont nettement moins articulées autour de cette exigence de l'acte. Leur existence, qui complète le droit pénal de l'acte à ses marges, souligne cette tension entre droit pénal de l'acte et droit pénal de l'agent, droit pénal garant des libertés et droit pénal sécuritaire, au cœur des systèmes pénaux modernes.

De même, les lois pénales qui incriminent un « statut » - être « illégal », homosexuel, vagabond, séropositif - suscitent de sérieuses questions sur un plan démocratique.

B. La nature ou les conditions de l'acte pénal

1. Le principe : un acte prohibé par la loi, réalisant les éléments décrits par l'incrimination

---

652 Th. HOBBES, *Léviathan*, réédition, Paris, Sirey, 1971, p. 313.

653 Malgré leur intérêt évident en théorie générale et en sociologie du droit, nous n'entrerons pas dans les multiples analyses de la notion d'acte, de conduite et de comportement que l'on trouve en droit anglais et américain. *Cf.* notamment : J. AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, Londres, Murray, 1873 ; *Salmond on jurisprudence*, 11e éd. par Gl. WILLIAMS, Londres, Sweet and Maxwell, 1957, pp. 399 et s.; H.L.A. HART, "Acts of will and responsibility", H.L.A. HART, *Punishment and the elimination of responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 90 et s. Voy. l'état de la question dans H. MORRIS (éd.), *Freedom and responsibility. Readings in philosophy and law*, Stanford, Stanford University Press, 1969, pp. 105 et s.

654 J.S. MILL, *On Liberty. Annotated text. Sources and background. Criticism*, éd. par D. SPITZ, New York, W.W. Norton and Company, 1975, p. 11.

655 Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Eléments juridiques et ciminologiques*, *op. cit*., p. 398.

656 Fr. TULKENS et Fr. DIGNEFFE, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson – Médecine et Hygiène, 1981, pp. 197-200 ; P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, « Le 'délinquant dangereux' dans les législations nord-américaines », *ibid.*, pp. 207 et s.; J. RICO, « Les législations hispano-américaines de dangerosité sociale », *ibid.*, pp. 231 et s.

L'acte pénal est le comportement interdit par la loi. Pour que l'élément matériel de l'infraction soit considéré comme existant, il faut que l'acte pénal réalise l'ensemble des éléments constitutifs décrits par l'incrimination. C'est la condition de base.

Pour le reste, les « conditions matérielles du délit »[657] sont de nature diverse : le législateur est libre de « construire » l'incrimination comme il l'entend. Autrement dit, pour chaque incrimination, les éléments constitutifs de l'acte pénal sont fixés selon les critères et les objectifs de la politique criminelle que le législateur entend mettre en œuvre.

On ajoutera ici que l'élément matériel d'une infraction peut être accompagné de *circonstances aggravantes* : ainsi, le « vol » (art. 461 C.P) peut devenir un « vol commis à l'aide d'effraction » (art. 467 C.P), accompagné alors d'une peine légale plus lourde. Dans ce dernier cas, l'élément matériel de l'infraction suppose la réalisation de l'« effraction » et débouche en fait sur une infraction autonome. En revanche, si cette partie de l'élément matériel n'est pas réalisée, l'infraction visée à l'article 467 C.P n'est pas mobilisable et on retombe sur l'infraction originaire (le vol « simple » de l'article 461 CP).

2. Les composantes diverses de l'élément matériel de l'infraction

Les composantes de l'élément matériel de l'infraction (ou des circonstances aggravantes qui l'accompagnent) concernent généralement les éléments suivants :

- le comportement de l'agent : l'art. 468 incrimine le *vol commis avec violences ou menaces,*

- la qualité de l'auteur : la plupart des infractions peuvent être commises par quiconque. Néanmoins, dans certaines d'entre elles, la qualité de l'auteur (le sujet actif de l'infraction), est un élément déterminant de la responsabilité (art. 240 C.P. : détournement par un fonctionnaire public ; art. 489 et s. C.P.) ou de l'excuse (art. 341 C.P. : recel de criminels par les membres de la famille),

- la qualité de la victime (le sujet passif de l'infraction), peut aussi être un élément constitutif nécessaire à l'existence de l'acte pénal (art. 417/16 C.P. : actes à caractère sexuel non consentis commis au préjudice d'un mineur de moins de seize ans accomplis),

- l'objet, les procédés, les circonstances (de temps, de lieu, etc.) peuvent également faire l'objet, selon les infractions, de précisions particulières (art. 471 C.P. : vol avec violences commis *la nuit*),

- le résultat de l'infraction : art. 393 : l'homicide volontaire suppose le décès de la victime. Dans ce cas, se pose nécessairement la question du lien de causalité entre l'acte et le dommage ou « résultat »[658].

---

657 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit positif belge*, *op. cit.*, t. I, n^{os} 281 à 285, pp. 200-202.

658 Comme le soulignent R. VERSTRAETEN et L. DUPONT, il n'y a pas de conception pénale propre de la causalité (*Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, n° 304, p. 191). Voy., aussi, H. BOCKEN, "Het causaal verband tussen misdrijf en schade", *Actuele problemen van strafrecht*, Malines, Kluwer, 1988, pp. 439 et s. et Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 277 et s. En droit civil prévaut la théorie de l'équivalence des conditions aux termes de laquelle le lien causal est établi si, en l'absence de la faute, le dommage ne s'était pas produit tel qu'il s'est produit ; *conditio sine qua non – without which, but for cause* (voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, 1962, t. II, n^{os} 2333 à 2381 ; Cass., 26 février 1981, *Pas.*, I, p. 708). Cette théorie

L'enjeu de cet examen « clinique » du texte pénal réside en ceci : le défaut ou l'absence des éléments retenus par la loi empêche radicalement l'infraction de se constituer. Ceci n'empêche pas, si une composante de l'élément matériel décrit par le texte fait défaut, de retomber éventuellement sur une autre incrimination dont les éléments matériels seraient réalisés par l'acte (cf. l'exemple ci-dessus du « vol avec effraction » qui redevient un « vol simple »).

3. Les formes de l'acte pénal : acte positif versus acte négatif

a) L'enjeu de la distinction : entre liberté et solidarité

On aborde ici la distinction entre les infractions d'action (ou de commission) et les infractions d'inaction (ou par omission). L'enjeu n'est pas tant de savoir ce qui distingue, sur le plan pénal, un acte positif (l'accomplissement d'un acte prohibé par la loi) d'un acte négatif (l'abstention coupable ou le fait de ne pas accomplir un acte prescrit par la loi). Il est plutôt de savoir si une distinction doit être établie entre les actions et les omissions en termes de responsabilité pénale[659].

Sur le plan des principes, l'omission en droit pénal est un lieu de conflit dialectique entre liberté et solidarité, individu et société. D'un côté, incriminer l'abstention d'agir rétrécit les chemins de la liberté. Ceci explique, qu'historiquement, le droit pénal est dominé par une approche individualiste qui se montre prudente quant à l'incrimination d'omissions d'agir. Ainsi, les rédacteurs du Code pénal français de 1791 n'avaient pas cru possible d'imposer aux citoyens l'accomplissement de devoirs civiques ou moraux, sous la menace d'une sanction pénale660. Mais d'un autre côté, les exigences de la solidarité peuvent amener à incriminer l'abstention d'agir lorsque cette inaction est préjudiciable à autrui[661].

Aussi, au fil du temps, avec le développement du projet solidariste de l'État social, les textes incriminant des abstentions d'agir vont-ils se développer. Ces incriminations traduisent la reconnaissance d'une certaine forme de responsabilité sociale, pour protéger des personnes particulièrement vulnérables ou pour empêcher la survenance de certains risques. Des incriminations comme le non-paiement d'une pension alimentaire (art. 391*bis*) ou la non-

---

est, bien sûr, nuancée, modérée, concrétisée surtout, notamment par le développement de l'idée du pouvoir causal de la faute considérée dans sa réalité à l'égard du dommage (Cass., 8 septembre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 2033 ; R.O. DALCQ et Fr. GLANSDORFF, "Examen de jurisprudence (1973 à 1979). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle", *R.C.J.B.*, 1981, ch. VII. Le lien de causalité, n^{os} 94 à 109, pp. 106 à 122 ; R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980-1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 625 et s.). Son application en droit pénal est discutée dans la mesure où d'aucuns préféreraient que soit confirmée l'exigence de la causalité adéquate : pour que l'existence du rapport causal soit reconnue, il faut non seulement établir que sans le comportement le dommage ne se serait pas réalisé, mais également que l'acte était normalement de nature à provoquer le résultat (J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », *J.T.*, 1979, pp. 349 et s.). Tout en reconnaissant les difficultés d'application pratique de ce critère, la Commission pour la révision du Code pénal estime que c'est le seul compatible avec l'exigence de la prévisibilité du dommage : "Ce n'est que lorsque l'acte est normalement de nature à provoquer le dommage que celui-ci est prévisible (*Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, pp. 60-61).

659 A. ASHWORTH, "The scope of criminal liability for omissions", *Law Quarterly Review*, 1989, p. 105.

660 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, A. VITU, *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1982, pp. 1457 et s., n° 1797.

661 J. VERHAEGEN, « Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, pp. 558 et s.

assistance à personne en danger (art. 422) illustrent bien ce devoir de solidarité sanctionné par la loi pénale.

b) Infractions d'action versus infractions d'omission

Dans la majorité des infractions du Code pénal et des lois particulières, le comportement interdit par la loi est un acte positif. Ce sont les infractions d'action ou de commission.

Toutefois, dans un certain nombre de cas, le comportement sanctionné par la loi est un acte négatif, soit le défaut d'accomplir un acte prescrit par la loi. Ce sont les infractions d'inaction ou d'omission, qui résultent donc d'une abstention d'agir contraire à un ordre de la loi qui impose ici un devoir d'agir. Ainsi, en matière de non-représentation d'enfants (art. 431-432 CP), a-t- il été jugé qu'il existe une « obligation positive » dans le chef du parent qui a la garde d'user de son influence auprès de l'enfant pour faire respecter le droit de visite :

> « L'abstention de faire valoir son autorité afin de vaincre la résistance qu'un enfant exerce contre le droit de visite… engendre en principe le délit visé à l'article 369*bis* CP »[662]

L'infraction par omission est parfois explicitement prévue par la loi. C'est le cas, par exemple, dans les exemples cités ci-dessus ou en matière d'infractions du droit pénal humanitaire prévues aux articles 136*quater* du Code pénal, lequel incrimine les crimes de guerre commis, par action ou par omission[663].

Constituent encore des infractions de commission par omission : l'abstention de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave (art. 422*bis* CP) ou à un crime de droit humanitaire (art. 136*septies*, 5° CP), le déni de justice (art. 258 CP), l'abandon d'enfant (art. 424 CP) ou de famille (art. 391*bis* CP).

c) Un cas difficile : l'infraction de commission par omission

Est envisagé ici l'imputation d'une infraction qui suppose en principe un acte positif à une personne s'abstenant d'agir, au motif que l'abstention d'agir s'assimile dans le cas en cause à un acte positif.

> Ainsi, des gardiens de camps de concentration ont-ils été reconnus coupables d'homicide et de lésions corporelles volontaires - une infraction qui suppose en principe un « acte positif » - pour avoir toléré, sans intervenir, des actes de brutalité commis par leurs préposés, dans la mesure où ils ont violé, de manière consciente et volontaire, des obligations positives contractées par le fait même des fonctions qu'ils exerçaient[664].

---

662 Gand, 30 juin 1998 (l'article 369*bis* a été remplacé par les articles 431-432 CP).

663 De même, l'article 136*septies*, 5°, lequel punit de la peine prévue pour l'infraction consommée « l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une telle infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin ».

664 *Cf.* J. VANDERVEEREN, « Le délit d'omission », *Rev. dr. pén. crim.*, 1949-1950, pp. 750-752 et les jugements et arrêts cités ; P. SPEYER, « Les crimes de guerre par omission », *Rev. dr. pén. crim.*, 1949-1950, pp. 935 et s.

Dans ce type de cas, l'abstention d'agir, bien qu'elle ne soit pas incriminée, est assimilée à un acte positif parce que l'on estime que la personne avait un « devoir d'agir ». La doctrine comme la jurisprudence sont assez réticentes[665], notamment parce que cette « assimilation » peut constituer une entorse tant au principe de légalité qu'au principe interdisant l'interprétation par analogie[666]. En outre, le lien de causalité entre l'omission d'agir et la réalisation du dommage ne peut pas toujours être démontré avec précision[667].

On notera que cette question se pose également en matière de participation criminelle (participation par omission, voir *infra*). En effet, les cours et tribunaux ont élargi l'application de ce principe aux participants (co-auteur et/ou complice) d'une infraction, par exemple une affaire de viol collectif. La Cour de cassation a avalisé ce raisonnement, confirmant qu'une personne pouvait être condamnée en vertu des règles de participation punissable si elle avait, par sa présence ou sa vigilance, privé la victime de tout secours ou de toute possibilité de fuite. Dans ce cas, l'inaction consciente et volontaire du prévenu pouvait constituer une participation par omission et un encouragement à la perpétration de l'infraction[668]. Ce principe a aussi été appliqué en matière financière, notamment à l'égard d'une mère, poursuivie comme coauteur de faux en écritures consistant en la signature par son fils, en sa fausse qualité d'administrateur délégué d'une société, d'un contrat de location. La Cour de cassation a estimé qu'en tant que véritable titulaire d'un mandat d'administrateur délégué, elle devait l'assumer et intervenir dans la gestion de la société. Dès lors, en renonçant à exercer ce mandat et en permettant à son fils d'accomplir à sa place tous les actes relevant de la gestion de la société, tout en sachant parfaitement que celui-ci n'avait plus la qualité pour l'engager, elle a commis l'infraction par omission[669].

d) L'infraction de mise en danger

Est incriminé ici un acte pénal qui met en danger autrui. Ce délit de risque causé à autrui, en l'absence de tout résultat dommageable, existe en droit français, en matière de délinquance routière (conduire à contresens sur l'autoroute) et d'accidents du travail[670].

En Belgique, il émerge également via la problématique des relations sexuelles nouées par des personnes séropositives et, dans le cadre de la pandémie de la Covid-19, via le comportement consistant à « cracher » sur d'autres personnes ou dans un lieu public. Ces deux comportements peuvent contribuer à la propagation du virus, dans le premier cas, le virus du VIH (virus de l'immunodéficience humaine), dans le second, le virus du SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*). Rappelons que le virus est à distinguer de la maladie ; celle-ci étant dans le premier cas, la maladie du SIDA (syndrome d'immunodéficience acquise)

---

665 P. FORIERS, « Les délits dits d'omission », *Rev. dr. pén. crim.*, 1951-1952, pp. 500 et s.

666 Cass., 6 mai 1901, *Pas.*, I, p. 22. Voy. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7e éd., t. 1er, *op. cit.*, p. 612 : « Lorsque la loi pénale en décrivant l'élément matériel d'une infraction incrimine des faits positifs, gestes, paroles, écrits, on ne peut, sans violer la règle *nullum crimen sine lege*, étendre l'incrimination à de simples abstentions ».

667 J. HALL, *General principles of criminal law*, 2e éd., Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1960, pp. 199 et s.; A. LEAVENS, "A causation approach to omissions", *Cal. L.R.*, 1988, p. 549.

668 Cass., 17 décembre 2008, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 438.

669 Cass., 2 septembre 2009, P.09.0391.F, https://juportal.be/..

670 Fr. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, « Présentation des dispositions du nouveau Code pénal », *J.C.P.,* 1992, I, p. 19, n° 140. Voy., aussi, P. COUVRAT, « Livre II. Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 478-479.

et dans le second la maladie « Covid-19 » (découlant de l'acronyme anglais : *COronaVIrus Disease 2019*, en référence à l'année d'apparition de cette maladie chez l'être humain)[671].

Si l'individu n'est pas infecté par le virus, il se dégage de la jurisprudence que c'est l'article 328*bis* du Code pénal qui est retenu pour qualifier ce comportement. Cette disposition a été introduite dans le Code pénal par une loi du 4 avril 2003, adoptée dans le contexte des attentats du 11 septembre 2001, à la suite desquels des enveloppes contenant de la poudre blanche inoffensive (comme du sucre en poudre) étaient envoyées, afin de faire croire à un attentat à l'anthrax (bacille du charbon). Le législateur a cependant rédigé cette disposition de façon très large, si bien qu'elle peut trouver à s'appliquer dans d'autres circonstances que le contexte envisagé à l'époque.

L'individu qui se sait contaminé par le virus et qui en infecte volontairement un autre, ou tente de le faire, peut, lui, être poursuivi sur la base de l'article 402 du Code pénal. La Cour de cassation a déclaré dans son « arrêt VIH » du 24 avril 2019[672] que c'est le virus, et non la maladie, que l'on peut administrer, le virus pouvant ensuite conduire au développement de la maladie.

Dans le cadre de la crise sanitaire, une personne a été placée sous mandat d'arrêt par un juge d'instruction après avoir été inculpée d'avoir commis l'infraction prévue à l'article 328*bis* du Code pénal[673]. La Cour de cassation a avalisé le raisonnement des juridictions d'instruction, chargées de statuer sur la légalité d'un tel mandat, relevant que les indices sérieux de la commission d'une telle infraction pouvaient découler du fait que la personne arrêtée, en crachant sur la police, a voulu créer une crainte sérieuse de contamination et que, compte tenu du contexte et de l'actualité du coronavirus, elle a voulu provoquer par son comportement la panique et la peur chez les gendarmes et a voulu répandre avec sa salive une substance apparemment dangereuse, quand bien même elle a déclaré ne pas être infectée par le coronavirus et ne pas avoir été testée positive non plus[674].

C. La réalisation de l'acte

On envisage ici une classification des infractions selon leur mode de réalisation matérielle dans le temps ou dans l'espace. Ces catégories servent de point d'appui à un ensemble de règles de droit pénal général et de procédure pénale que nous indiquerons brièvement. Sur la base de ce critère, on peut distinguer quatre catégories d'infractions :

---

671 Voy. à cet égard : A. DELANNAY, « La qualification pénale de la transmission consciente du VIH au cours de relations sexuelles 'consenties' », note sous Cass., 24 avril 2019, P.19.0018.F, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, pp. 1266 – 1287 ; A. DELANNAY, « Transmission volontaire et menace de transmission du coronavirus SARS-CoV-2 : Les ressources et les limites du droit pénal commun », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, pp. 781 – 831 ; voy., aussi, la jurisprudence « crachat » publiée dans le *J.T.* : Cass. (2ème ch. N), 9 juin 2020 (P.20.0598.N), *J.T.*, 2020, p. 489 ; Corr. Liège (div. Huy), 28 mai 2020, *J.T.*, 2020, p. 491 ; Corr. Namur (div. Namur), 28 mai 2020, *J.T.*, 2020, p. 492. Dans certains cas, le crachat est, en outre, qualifié d'outrage s'il est par exemple dirigé à l'encontre de policiers, cfr. Corr. Nivelles, 15 mars 2021, n° 2021/332, *inédit.*

672 Cass., 24 avril 2019, P.19.0018.F, *Rev. dr. pén. crim*., 2019, p. 1263. Voy., également, la note qui accompagne cette jurisprudence rédigée par Axel Delannay, « La qualification pénale de la transmission consciente du VIH au cours de relations sexuelles 'consenties' », *op. cit*., pp. 1266 – 1287.

673 « Quiconque aura diffusé, de quelque manière que ce soit, des substances qui, ne présentant en soi aucun danger, donnent l'impression d'être dangereuses, et dont il sait ou doit savoir qu'elles peuvent inspirer de vives craintes d'attentat contre les personnes ou les propriétés, punissable d'un emprisonnement de deux ans au moins, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de cinquante euros à trois cents euros ».

674 Cass., 9 juin 2020, P.20.0598.N, *J.T.*, 2020, p. 489.

- les infractions instantanées,
- les infractions continues,
- les infractions collectives,
- les infractions d'habitude.

1. L'infraction instantanée

Une infraction instantanée est celle qui se réalise entièrement par l'accomplissement de l'acte défendu (ou l'omission de l'acte prescrit) dans l'instant. En d'autres termes, « est instantanée l'infraction qui, telle qu'elle est définie par la loi, s'accomplit à un moment déterminé par un fait unique »[675]. Le vol simple (art. 461 CP), par exemple, est consommé par « la soustraction frauduleuse d'une chose ».

L'infraction instantanée est la règle : la plupart des infractions du Code pénal et des lois particulières sont des infractions instantanées (homicide, viol, etc.). Ce type d'infraction n'est par ailleurs pas incompatible avec l'existence d'un certain délai pour sa réalisation (ex : le refus d'insérer un droit de réponse : cette infraction, consacrée par l'article 5 de la loi du 23 juin 1960, est consommée par l'écoulement du délai d'insertion du droit de réponse)[676].

2. L'infraction continue

L'infraction *continue* consiste en une activité délictueuse, un « état de fait »[677] qui se maintient dans le temps. La loi incrimine non pas un acte isolé mais la persistance ou le maintien d'une situation illégale (qu'il s'agisse d'un acte positif ou d'une abstention coupable). L'infraction continue se réalise donc *dans et par la durée.* A titre d'exemple, on citera la détention illégale et arbitraire par un fonctionnaire (art. 147 CP), l'appartenance à une *organisation* criminelle (art. 324*bis*) ; l'abandon d'enfant dans le besoin (art. 360*bis*), la détention de stupéfiants (loi du 24 février 1921)[678], … La détermination du caractère instantané ou continu de l'infraction est en principe à lire dans le texte légal lui-même qui indique l'intention du législateur[679]. Toutefois,

---

675 Cass., 25 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1302. Ainsi, a-t-il été jugé que le délit de non-assistance à personne en danger sanctionné à l'article 422*bis* du Code pénal est une infraction instantanée et que l'existence d'un péril sérieux, constant, réel et actuel, doit s'apprécier au moment de l'abstention d'agir. En l'espèce, il a été jugé qu'à la date de la consultation, le psychiatre poursuivi du chef de non-assistance à personne en danger pouvait, sur la base de ses connaissances médicales spécialisées et de son expérience, considérer qu'à ce moment, ce péril n'existait pas (Gand (mis. acc.), 28 juin 2012, *Bull. ass.*, 2012, p. 525).

676 De même, « il importe peu que les conséquences de l'infraction perdurent après sa commission (l'infraction d'organisation d'insolvabilité (art. 490 C.P) est un délit instantané même si l'insolvabilité se prolonge dans le temps ou, au contraire, si l'auteur met fin à son insolvabilité » (Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Elements de droit pénal, op. cit.*, p. 69).

677 R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 207.

678 Cass., 28 novembre 2001, *J.T.,* 2002, p. 385 : « pareille détention constitue une infraction qui se perpétue jusqu'à ce qu'un fait contraire ou toute autre circonstance atteste qu'elle a cessé de se commettre ».

679 Cass., 2 septembre 1981, *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 81 ; Cass., 19 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 338 ; Cass., 25 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1302. La question a cependant été posée de savoir si les caractéristiques techniques propres au mode concret de réalisation matérielle de l'infraction n'obligent pas, dans certains cas, à s'écarter de ce principe. Ainsi a-t-il été jugé qu'un délit de presse (considéré en principe comme instantané), lorsqu'il est commis sur Internet, doit être considéré comme un délit continu, tant que le texte litigieux reste aisément accessible à toute personne naviguant sur le net à la recherche d'informations sur un sujet donné (Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 113). Dans le même sens, en France, *cf.* Paris, 15 décembre 1998, *Expertises*, 2000, n° 235, p. 77. La conséquence en serait qu'« en cas de simple publication sur l'internet, le délit est imprescriptible tant que l'information est en ligne » (E. WERY, obs. sous Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 117). La Cour de cassation française semble cependant avoir condamné cette interprétation (*ibid.*).

la distinction n'est pas toujours aisée à établir et la jurisprudence est alors amenée à préciser le statut de l'infraction[680].

L'importance de la distinction entre ces deux types d'infractions se retrouve, notamment, dans la question de l'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace[681] ou quant à portée de la règle *non bis in idem*[682]. En procédure pénale, le point de départ de la prescription dépend évidemment de la qualification, instantanée ou continue, de l'infraction[683].

3. L'infraction d'habitude

L'infraction d'habitude se caractérise par l'incrimination de plusieurs actes de nature semblable qui, pris isolément, ne seraient pas punissables. La loi incrimine ici la répétition de ces actes dans la mesure où celle-ci manifeste une « disposition acquise »[684] ou une « habitude ».

La tenue d'une maison de débauche (art. 380 du Code pénal)[685], l'exercice illégal de l'art de guérir (art. 38, § 1er, 1° de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir, modifié par la loi du 6 avril 1995)[686], sont des délits d'habitude.

La loi ne précise pas quand il y a délit d'habitude. Le juge du fond apprécie, dès lors, souverainement en fait les éléments, quantitatifs ou qualitatifs, qui déterminent l'habitude[687], sous réserve du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation[688].

L'effet de cette distinction se retrouve en ce qui concerne l'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace[689] ainsi que la prescription de l'action publique[690].

---

680 On notera également qu'une même disposition peut incriminer une infraction instantanée et une infraction continue (ex : l'article 434 CP incrimine l'arrestation arbitraire (infraction instantanée) et la détention arbitraire (infraction continue). (Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Elements de droit pénal, op. cit.*, p. 69).

681 *Cf. supra*, Chapitre I. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit des lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales, *in fine* et § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité, 2. La localisation de l'infraction.

682 Bruxelles, 18 décembre 1991, *Journ. proc.*, 1992, n° 210, p. 26, note R. MENSCHAERT.

683 L'exécution de constructions illégales est une infraction instantanée dont la prescription commence à courir à partir de l'exécution des travaux (Anvers, 4 novembre 1987, *R.W.*, 1988-1989, p. 541, note D. MERCKX, "Over enkele aspecten van de uitoefening van de strafvordering inzake stedebouwkundige misdrijven"). En cas d'infraction continue, la prescription commence à courir au moment où la situation délictueuse prend fin (Cass., 14 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 191 ; Cass., 5 avril 2006, P.06.0098.F., *Jurportal*). À l'égard de l'administrateur délégué de la société, le point de départ de la prescription de l'action publique relative à l'infraction continue que constitue l'exploitation illicite d'une décharge de déchets est le moment où cesse son mandat parce qu'il perd à ce moment toute maîtrise, tant en droit qu'en fait, sur la situation infractionnelle (Liège, 15 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 973 et note A. LEBRUN et A. CHARLIER, « Le caractère personnel de la prescription pénale. Application au cas de l'enfouissement illicite de déchets »).

684 Cass., 14 janvier 1963, *Pas.*, I, p. 555.

685 Cass., 24 février 1976, *R.W.*, 1975-1976, col. 2625.

686 Cass., 15 mai 1984, *Pas.*, I, p. 1120.

687 Cass., 10 janvier 1949, *Pas.*, I, p. 17.

688 Cass., 10 janvier 1949, *Pas.*, I, p. 17.

689 *Cf. supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit de lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales, *in fine* et § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité, 2. La localisation de l'infraction.

690 Elle commence à courir à partir du dernier acte (Cass., 17 novembre 1941, *Pas.*, I, p. 431).

4. L'infraction collective (et le concours idéal d'infraction, art. 65 du Code pénal)

À la différence de l'infraction simple (acte ou comportement illégal qui ne débouche que sur une seule infraction), l'infraction collective vise la situation ou plusieurs infractions sont réalisées mais « s'agglomèrent »[691] pour constituer un fait pénal unique.

À cet égard, on distinguera deux cas de figure, envisagés à l'article 65 du Code pénal qui régit le « concours d'infraction » :

- soit un ensemble d'infractions répétées ou successives, non encore jugées, constituent un « fait pénal » unique, parce qu'elles procèdent d'un même but, d'un même projet[692]. Ces infractions sont reliées par une « unité d'intention » et constituent ce que certains appelent aussi une *infraction continuée*[693]. Elles peuvent être de même nature (plusieurs coups pendant une bagarre, le vol d'une collection de livres, etc.) ou de nature différente (l'usager de drogue qui braque une pharmacie pour se procurer des stupéfiants : vol à l'aide de violences et détention illicite de stupéfiants),

- soit un même fait matériel constitue plusieurs infractions, qui sont reliées entre elles par une « unité de réalisation » (un acte qui constitue une infraction au code de la route et un homicide involontaire). On parle parfois ici d'infraction *complexe*[694].

Dans ces deux cas de figure, l'article 65 du Code pénal envisage un « concours idéal d'infraction », par unité de réalisation ou par unité d'intention, qui a pour effet de juger « globalement » ces différentes infractions et de prononcer une seule peine. C'est évidemment

---

691 E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2210, p. 349. L'infraction collective du droit belge est distincte de l'infraction collective du droit français qui vise l'infraction commise collectivement par une pluralité d'agents (voy. Ch. DUPEYRON, "L'infraction collective", *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 357 et s.). Cette hypothèse est celle des infractions *connexes* visées par l'article 227 du Code d'instruction criminelle: "Les délits sont connexes soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commente les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité".

692 Comme le souligne très justement R. LEGROS, il ne faut pas confondre but et intention : en l'espèce, ce n'est pas l'intention qui est en cause (*Droit pénal*, *op. cit.*, pp. 263-264); *cf.* Cass., 7 février 1990, *Pas.*, I, p. 669.

693 Bruxelles, 11 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1991, p. 852: "Bien que l'infraction, définie à l'article 490*bis* du Code pénal soit instantanée en ce sens qu'elle ne se poursuit pas après sa consommation par le maintien de l'état d'insolvabilité, elle peut cependant être *continuée* lorsque, par de nouveaux agissements, son auteur persiste à soustraire son patrimoine au gage de ses créanciers"; Anvers, 31 janvier 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1027, note: plusieurs infractions instantanées de blanchiment constituent une infraction continuée lorsqu'elles sont réunies par une unité d'intention et de réalisation. *Cf.* également trib. trav. Anvers, 11 septembre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 749 ; C. trav. Anvers, 8 juin 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 96, note; Cass., 14 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 795: "l'article 65, alinéa 2 du Code pénal ne vise pas l'hypothèse de l'infraction continue mais celle de l'infraction continuée, encore appelée délit collectif par unité d'intention".

694 Cass., 29 septembre 1992, *Pas.*, I, p. 1069. *Cf.* également C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, *M.B.*, 23 décembre 2000, p. 42828 qui évoque, en ce sens, l'hypothèse où "un fait unique, à savoir le dépassement des masses maximales autorisées et des masses sous les essieux, constitue à la fois une infraction aux normes fédérales, fixées en vue de la circulation routière, et une infraction aux normes régionales, concernant l'endommagement du revêtement routier par surcharge", tout en décidant que "dans ce cas, il s'agit de deux infractions différentes qui sont la conséquence d'un même comportement" et que "le juge ne pourra prononcer qu'une seule peine – la plus forte – en application de l'art. 65, al. 1er, C.P.".

plus simple (et rapide) : ceci explique que la jurisprudence, souveraine pour interpréter le facteur d'unité entre les infractions, a tendance à en faire une interprétation extensive[695].
Quelle est l'incidence de la notion d'infraction collective ?

Tout d'abord, elle fonde la règle du concours idéal d'infractions prévue à l'article 65 du Code pénal : « Lorsqu'un même fait constitue plusieurs infractions ou lorsque différentes infractions soumises simultanément au même juge de fond constituent la manifestation nécessaire et continue de la même intention délictueuse, la peine la plus forte sera seule prononcée » (voy. *infra*, chapitre IV sur la peine). D'un point de vue criminologique, cette règle traduirait l'idée qu'il s'agit de « juger un homme qui a commis des faits » et non plus seulement « des faits commis par un homme »[696].

La qualification de l'infraction collective a également une incidence quant à l'application de la loi dans le temps et dans l'espace[697] et quant à la prescription[698].

D. L'acte inachevé punissable : le régime de la tentative d'infraction et de l'infraction manquée

Entre le moment où une personne réfléchit à commettre une infraction et la réalisation de celle-ci, plusieurs étapes peuvent intervenir. En principe, l'infraction doit être « consommée » pour être punissable, ce qui suppose que toutes les composantes de l'élément matériel de l'infraction soient réunies.

Toutefois, pour les infractions d'une certaine gravité (les crimes et certains délits), le législateur incrimine également l'acte inachevé ou celui qui, mené à terme, a manqué son but. A certaines conditions, la « tentative d'infraction » et l'« infraction manquée » sont donc punissables, même si d'une peine inférieure à la peine prévue pour la même infraction « consommée ».

1. Le régime de la tentative

Historiquement, il est intéressant d'observer l'évolution – ou plus exactement l'oscillation – de la position du législateur en ce qui concerne la répression de la tentative[699]. On y retrouve cette ligne de partage entre droit pénal de l'acte et droit pénal de l'agent, responsabilité et dangerosité, approche « objectiviste » et « subjectiviste » qui traverse la majorité des problèmes du droit pénal. L'incrimination (ou non) de la tentative pose en effet la question des limites de l'intervention pénale.

---

695 Cass., 4 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 120 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1083 ; Cass., 10 mars 1992, *Pas.*, I, p. 614.

696 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, p. 148, qui renvoie au *Rapport sur les principales orientations de la réforme* de la Commission pour la révision du Code pénal (*op. cit.*, pp. 40-41).

697 *Cf. supra*, Chapitre I. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit de lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales, *in fine* et § 2. *Ratione loci*, A. Le principe de la territorialité, 2. La localisation de l'infraction.

698 La prescription commence à courir à partir du dernier acte pour autant qu'il ne soit pas séparé du fait antérieur par un délai plus long que le délai de prescription (Cass., 23 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 357 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1083 ; Cass., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307; Cass., 12 février 2007). Voy. M. DE SWAEF, "De verjaring bij voortgezet of collectief misdrijf", note sous Cass., 15 juin 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 2689.

699 J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Impremerie des Invalides, 1995, t. 1, pp. 248 et s.

Dans ses premiers développements, le droit pénal était « strict », marqué par une logique « objectiviste »[700]: il n'incriminait en général que le délit consommé et n'envisageait pas la tentative. Ainsi, le Code pénal révolutionnaire français de 1791 ne la prévoyait pas[701].

Marquée par une orientation plus répressive, le Code pénal de 1810 réagit de manière radicale à cette absence, prévoyant une disposition générale qui incrimine la tentative et l'assimile, sur le plan de la répression, à l'infraction consommée (« l'agent qui a voulu agir sera frappé comme s'il avait agi »)[702] (art. 2). L'approche est ici plus « subjectiviste » et considère qu'à partir d'un certains degrés de concrétisation, l'intention de l'auteur doit être réprimée, que son acte ait abouti ou non[703].

Le Code pénal belge de 1867 rejette ce système. Son concepteur, J.J. HAUS, estime que « frapper de la même peine l'une et l'autre, c'est confondre la responsabilité pénale avec la responsabilité morale ; c'est faire abstraction de l'élément matériel du délit et n'avoir égard qu'à la perversité de l'intention »[704]. On assiste ici au retour d'une conception plus « objectiviste » du droit pénal[705], qui prend en compte la tentative, mais avec un certain nombre de limites relatives à ses conditions et à son régime de répression.

Le principe des article 51 à 53 du Code pénal est donc que, à certaines conditions et pour certaines infractions, le législateur incrimine le comportement d'une personne qui :

- soit procède à un commencement d'exécution de l'infraction, mais ne consomme pas l'infraction pour une raison indépendante de sa volonté (*infraction tentée*),
- soit mène l'infraction jusqu'à son terme, mais la « manque » pour une raison indépendante de sa volonté (*infraction manquée*).

2. La répression de la tentative punissable (51-52 CP)

Les articles 52 et 53 Code pénal précisent le régime répressif de la tentative, lorsque les conditions de celle-ci sont réunies.

a) La tentative de crime : toujours punissable

---

700 *Cf. supra*, § 2. L'élément matériel.

701 Il faut toutefois souligner que la théorie du « fractionnement » du processus criminel (tentative éloignée, prochaine, très prochaine) a été élaborée à partir du XIV^e^ siècle, notamment par les criminalistes italiens et que, à la fin du XVII^e^ siècle, certains code pénaux, comme le Code pénal de Joseph II en Autriche, la prévoyait.

702 L'assimilation a été maintenue lors de la réforme partielle du Code par la loi du 28 avril 1832 dans la mesure où le système des circonstances atténuantes permettait d'en corriger l'application.

703 Sans surprise, on constate que les criminologues positivistes et les partisans du courant de défense sociale s'inscrivent dans le même fil : ils sont partisans d'une large prise en compte de la tentative au motif qu'elle témoigne d'un état d'esprit rebelle ou d'un "état dangereux". Ainsi, pour A. PRINS, il faut tenir compte du fait que que «la société doit se défendre contre un phénomène social : la volonté rebelle des criminels, les impulsions des classes criminelles ».

704 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. 1, n° 474, p. 359. Voy., aussi, J.J. HAUS, « Rapport fait à la commission de la Chambre », in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. 1, *op. cit.*, n° 196, p. 88: « La peine infligée à l'auteur d'une tentative est sans doute légitime en soi... Mais une peine intrinsèquement légitime peut être injuste par rapport à la société qui l'inflige ; et elle l'est, si la punition n'est pas nécessaire ou si elle n'est pas utile au but que le pouvoir doit se proposer ».

705 P.E. TROUSSE, *Droit pénal général*, *op. cit.*, t. 2, p. 186.

L'article 52 CP incrimine la tentative de crime de manière générale. La tentative de crime est donc toujours punissable, quel que soit le crime, et elle sera punie de la peine immédiatement inférieure à celle prévue pour le crime consommé, conformément aux articles 80 et 81 du Code pénal. Ce qui justifie cette diminution de peine est la moindre gravité du dommage réellement produit. L'article 52 CP précise toutefois que les tentatives de crimes punissables de la réclusion à perpétuité seront punies de la réclusion de 20 à 30 ans (au lieu de 30 à 40 ans)[706].

Par ailleurs, en matière de crime contre l'humanité, de génocide et de crimes de guerre, la tentative est punie de la même peine que celle prévue pour le crime consommé (art. 136*septies* C.P). Il en est de même pour les vols avec violences accompagnés de certaines circonstances aggravantes prévus aux articles 473, 474 et 475 C.P. (art. 476 C.P.)

b) La tentative de délit : punissable dans les cas et de la peine prévus par le texte légal

La tentative de délit n'est punissable que dans les cas déterminés par la loi qui fixera, en outre, la peine applicable (art. 53)[707]. Ainsi, la tentative d'escroquerie est prévue par l'article 496 CP.

Ce système traduit la volonté de restreindre la tentative punissable aux situations inachevées dont le législateur estime qu'elles présentent un certain degré de gravité[708]. Il en résulte aussi, qu'en principe, il n'y a pas de tentative punissable en matière de contravention[709], sous réserve d'un cas prévu par une loi particulière faisant application de l'article 100 du Code pénal.

3. Les conditions de la tentative punissable (art. 51 Code pénal)

> Il y a tentative punissable lorsque la *résolution* de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un *commencement d'exécution* de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des *circonstances indépendantes* de la volonté de l'auteur (art. 51 C.P.)

L'article 51 CP subordonne la tentative punissable à la réunion de trois conditions :
- une résolution criminelle ;
- un acte extérieur constituant un commencement d'exécution
- la suspension involontaire de la tentative (ou son échec en cas d'infraction manquée)

---

706 La modification de l'article 80 du Code pénal par la loi du 5 février 2016 pose ici des questions complexes dans lesquelles nous n'entrons pas (voy. Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, pp. 87-88).

707 Ainsi, il n'y a pas de tentative punissable du délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité (Corr. Liège (ch. cons.), 28 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1459, obs. Ch.P.), ni du délit d'abus de biens sociaux (art. 492*bis* du Code pénal introduit par la loi sur les faillites du 18 août 1997). De même, il a été jugé que l'intention de conduire un véhicule en état d'intoxication alcoolique n'était pas punissable, l'infraction définie à l'article 34, § 2 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière étant un délit pour lequel la loi ne prévoit pas la punition de la tentative (Corr. Bruxelles, 9 novembre 2012). En revanche, depuis la loi du 16 juin 1993 (*M.B.*, 24 juillet 1993, p. 17287), la tentative d'escroquerie est désormais punissable (art. 496, al. 2 du Code pénal) ; de même, la tentative de recel est devenue punissable par la loi du 7 avril 1995 (*M.B.*, 10 mai 1995, p. 12378).

708 Il en résulte que la tentative d'un crime que le juge correctionnalise par l'effet des circonstances atténuantes reste punissable malgré le fait que la loi n'a pas incriminé la tentative de ce délit (*Répertoire pratique du droit belge, v° Infractions et répression en général*, *op. cit.*, n° 317).

709 Sous réserve de l'article 100 du Code pénal. Notons également qu'en cas de contraventionnalisation d'un délit, « la tentative de cette infraction demeure punissable si le délit lui-même, considéré *in abstracto*, comporte une répression pour la tentative » (J. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 100 et s.).

a) La résolution de commettre un crime ou un délit

La loi exige que l'auteur ait agi dans l'intention de commettre l'infraction. Il en résulte que les infractions non intentionnelles (infractions par défaut de précaution, par imprudence ou par négligence) sont, dès lors, structurellement incompatibles avec la notion de tentative punissable[710].

La résolution criminelle doit en outre porter sur un crime ou un délit déterminé. Il n'y a pas de tentative punissable « en soi » ; il n'y a que des tentatives de meurtre, de vol, de corruption, etc. La preuve de cette intention, distincte du commencement d'exécution, est parfois délicate[711].

b) Un acte extérieur qui forme un commencement d'exécution :

La résolution criminelle doit connaître un début de matérialisation, d'extériorisation. Il faut donc "*des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution*" du crime ou du délit.

Cette exigence a trois conséquences :

1. La tentative punissable est exclue pour les infractions commises par omission (pas de tentative, par exemple, pour l'infraction de « non-assistance à personne en danger » (422*bis* CP).

2. Une distinction doit être opérée ici entre l'acte préparatoire, qui reste non punissable, et le commencement d'exécution qui ouvre le champ de la tentative punissable. L'acte préparatoire est l'acte par lequel un individu se "donne les moyens de commettre une infraction", mais sans que l'acte ne manifeste l'intention certaine de réaliser l'infraction ou qu'il ne traduise un début de mise en œuvre de l'infraction. En revanche, l'acte d'exécution constitue un « début de mise en œuvre de l'infraction »[712]. L'acte concrétise les préparatifs, il est en lien clair et direct avec l'infraction et il ne peut plus guère être interprété que comme lié directement à l'infraction.

Dans les faits, la frontière est parfois difficile à tracer et le législateur en a laissé le soin aux tribunaux, dans chaque cas d'espèce[713].

Certains critères ont été proposés pour aider le juge à trancher :

- le critère de *l'univocité* : l'acte équivoque, encore susceptible d'interprétations diverses, ne sera pas constitutif de commencement d'exécution. A l'inverse, l'acte univoque, qui traduit une intention certaine et indiscutable de commettre l'infraction, pourra être considéré comme un commencement d'exécution :

---

710 On ne peut donc envisager, par exemple, une tentative d'homicide involontaire.

711 À cet égard, *cf.* notamment Corr. Verviers, 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1461 où il a été jugé que, lorsque la preuve de l'intention de voler n'est pas établie, le fait de frapper une vitrine et d'y provoquer un éclat ne constitue pas une tentative de vol.

712 "Le commencement d'exécution suppose à tout le moins une mise en œuvre, par l'agent, des moyens qu'il s'est procurés, qu'il a apprêtés et disposés pour réaliser son objet criminel (Cass., 24 mars 2010, RGP.10.0473.F, *Pas.*, 2010, n°215).

713 J.J. HAUS, "Rapport fait à la commission de la Chambre", *in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. 1, *op. cit.*, n^{os} 188 et 189, pp. 85 et 86.

> « Un acte qui ne laisse aucun doute sur l'intention de l'auteur peut donc constituer le commencement d'exécution qui constitue la tentative punissable » (Cass., 3 novembre 2004)[714] ;

- le critère de la *proximité* : l'acte éloigné de l'infraction, qui rend encore possible d'abandonner le projet criminel, sera moins vite considéré comme un commencement d'exécution. Par contre, plus l'acte se rapproche, dans l'espace et dans le temps, de l'infraction, plus il sera interprété comme commencement d'exécution ;

- l'existence d'un *lien causal direct* entre l'acte commis et l'infraction à venir : si l'acte extérieur tend directement à la réalisation de l'infraction, il sera considéré comme commencement d'exécution.

3. Le commencement d'exécution n'exige pas que l'infraction elle-même soit entamée. Comme le souligne HAUS, « pour qu'il y ait tentative, il faut que l'auteur ait commencé non pas le crime mais l'exécution de ce crime, ce qui n'est pas toujours la même chose »[715].

La Cour de cassation a réaffirmé ce principe :

> « Si l'article 51 du Code pénal exige le commencement de l'exécution de l'infraction, cette disposition légale ne requiert pas que l'acte constitutif du crime ou du délit soit lui-même déjà commencé »[716].

Ainsi, « il y a commencement d'exécution dès que l'agent met en œuvre les moyens qu'il s'est procurés, qu'il a apprêtés et disposés pour réaliser son projet criminel ; le commencement d'exécution est en relation nécessaire avec l'intention criminelle de l'auteur et ne peut s'expliquer que par la volonté de celui-ci de perpétrer une infraction déterminée à la commission de laquelle les actes accomplis tendent directement et immédiatement ; un acte qui ne laisse aucun doute sur l'intention de l'auteur peut donc constituer le commencement d'exécution qui caractérise la tentative punissable »[717].

En l'espèce, le prévenu avait été reconnu coupable de deux tentatives de vol qualifié après que les juges avaient constaté que les occupants de deux habitations proches avaient été réveillés à une quarantaine de minutes d'intervalle, qu'ils avaient observé un homme, identifié comme le prévenu, muni de gants, regardant dans la maison avec une lampe torche, et que ce dernier, découvert, avait pris la fuite.

À l'inverse, il a été jugé, en 2009, que le seul fait de commanditer un crime ou un délit à un tiers en lui versant une somme d'argent pour le commettre, sans que ce tiers n'ait agi, ne constitue pas un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, mais un acte préparatoire de l'infraction[718]. Cependant, la Cour de cassation semble être revenue sur cette jurisprudence car elle a considéré, en 2018, qu'il y avait bien commencement d'exécution d'une

---

714 Cass. 3 novembre 2004, RG.P.04.1191.F, *Rev. dr. pén. crim*, 2005, p. 327.

715 J.J. HAUS, "Rapport fait à la commission de la Chambre", in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. 1, *op. cit.*, n° 189, p. 86.

716 Cass. 3 novembre 2004, RG.P.04.1191.F, *Rev. dr. pén. crim*, 2005, p. 327.

717 Cass., 20 décembre 2017, *Pas.,* 2017, n° 721.

718 Cass., 14 janvier 2009, *Pas*., 2009, n° 33 ; *Rev. dr. pén. crim.,* 2009, p. 452.

tentative d'assassinat lorsque le prévenu accepte de l'époux de la victime une somme d'argent dont il négocie le montant pour engager, à la demande de celui-ci, un tueur à gages, effectue un repérage des lieux, rencontre six exécutants potentiels et sollicite une photographie de la victime qu'il remet à un policier sous-couverture avec la conviction qu'il s'agit du tueur[719].

Plus récemment, le tribunal correctionnel de Flandre orientale a jugé que la seule possession d'une substance toxique potentiellement mortelle, sans qu'il apparaisse que le détenteur avait l'intention de l'administrer effectivement à la victime ou sans qu'aucune tentative n'ait été entreprise pour empoisonner la victime n'implique pas un début d'exécution. La fourniture de cette substance toxique potentiellement mortelle par un tiers au détenteur est un acte purement préparatoire, mais pas un début d'exécution de l'empoisonnement[720].

Comme on peut le voir, la frontière entre acte préparatoire et tentative punissable est donc mince, le principal critère de différenciation étant l'exigence que des actes extérieurs qui ne laissent subsister aucun doute quant à l'intention de l'auteur aient été posés.

Ainsi, à l'inverse de ce qui a été décidé par le tribunal correctionnel de Flandre orientale, la cour d'appel d'Anvers a estimé que se rend coupable de tentative punissable par empoisonnement, toute personne qui mélange des substances vénéneuses à des aliments qu'il laisse chez la victime dans l'intention de la tuer. La circonstance que la tentative manque sa cible parce que les aliments ne sont pas consommés par la victime à la suite du comportement attentif et lucide de celle-ci ne porte pas atteinte à l'incrimination de la tentative, qui s'extériorise par des actes qui constituent un commencement d'exécution du crime projeté[721].

c) Une suspension ou un échec involontaire du projet criminel avant que l'infraction ne soit consommée

Le projet criminel ne sera incriminé au titre de tentative punissable que si son interruption ou son échec relèvent de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur (art. 51 CP).

Par contre, si le désistement du prévenu est volontaire, que l'auteur procède à un abandon spontané de son projet criminel avant la consommation de l'infraction, la tentative ne sera plus punissable : en matière de tentative, on encourage le "repentir actif". Pour bénéficier de ce « repentir actif », il faut que le désistement intervienne spontanément et non pas sous l'effet d'un événement extérieur : ainsi, par exemple, la réaction de la victime ou l'irruption des forces de l'ordre, qui feraient fuir l'agresseur[722] la croyance erronée que l'infraction a été menée à terme[723] ne sont pas des motifs d'interruption assimilables à un « désistement volontaire »

---

719 Cass., 6 novembre 2018, *Rev. dr. pén. crim*., 2020, p. 1146.

720 Corr. Flandre orientale (div. Gand), 9 juin 2021, *N.C*. 2022, liv. 2, p. 154.

721 Anvers, 16 septembre 2020, *R.W*., 2020-21, liv. 35, p. 1385.

722 Anvers, 19 juillet 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 1430, note M. DE SWAEF ; Corr. Bruxelles, 20 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 633 ; Cass., 11 juin 2013, P.13.0118.N, https://juportal.be/.: « Le juge de fond constate souverainement si le commencement d'exécution a cessé en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur ».

723 Cass. 23 mars 1999, RG.P.99.0239.N., *Rev. dr. pén. crim*., 2000, p. 226. L'auteur invoquait le « désistement volontaire » pur avoir interrompu de son propre chef les coups avant que la victime ne meure… La Cour estimera qu'on ne pouvait parler ici d'« un abandon spontané de l'auteur qui renonce à son dessein » dans la mesure où l'agent s'est arrêté « parce qu'il avait cru que ses actes avaient eu l'effet escompté ».

Dans le cas de l'infraction manquée (soit une tentative menée à son terme mais qui manque son but par l'effet de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur), le désistement volontaire a le même effet élisif. Mais il faudra prouver que l'échec de l'infraction est dû à la volonté de l'auteur et non pas à un élément extérieur comme la maladresse de l'auteur (il manque sa cible) ou l'intervention du hasard.

4. L'infraction impossible

Est envisagé ici un comportement qui vise à commettre une infraction dont la réalisation est impossible, soit à défaut d'objet (un infanticide sur un enfant mort-né ; le meurtre d'une personne déjà morte), soit par inadéquation des moyens utilisés (empoisonnement avec de l'eau salée ; détention et vente de sel que l'on croit être de l'héroïne).

La jurisprudence tend à réprimer l'infraction impossible au titre de la tentative punissable. Toutefois, prenant appui sur une distinction opérée en doctrine[724], la Cour de cassation a consacré une différence de régime entre la tentative « absolument impossible » (non punissable) et la tentative « relativement impossible » (punissable comme tentative)[725].

§ 3. L'élément moral

Bien qu'aucun texte légal n'en ait expressément consacré l'exigence, il est traditionnellement admis en droit belge qu'il ne saurait y avoir d'infractions purement « matérielles »[726], c'est-à-dire d'infractions qui existeraient par le seul fait qu'ait été matériellement accompli un acte interdit par la loi. Aux éléments légal et matériel de l'infraction (éléments « objectifs »), il convient dès lors d'ajouter un troisième élément « subjectif » : l'élément moral, qui renvoie à la responsabilité morale de l'auteur de l'acte, en l'absence de laquelle toute forme de condamnation pénale peut apparaître radicalement injuste, voire même inutile[727].

---

724 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. I, n^{os} 459 et s., pp. 346 et s.

725 Cass., 8 avril 2014, N.C., 2015, p. 127.

726 *Cf.* notamment J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. 1, p. 208: "Il est... erroné de dire que les contraventions et les délits ne sont que des infractions matérielles à des prohibitions ou des prescriptions de la loi"; R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, p. 114: "Il n'y a pas d'infraction matérielle. Même les simples contraventions exigent un élément moral. Il n'y a pas d'infraction sans faute"; J. VERHAEGEN, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 17: "L'évolution de nos mœurs n'admet plus, au moins ouvertement, l'imputabilité pénale d'une infraction à la personne qui n'en serait que l'auteur matériel, la cause simplement mécanique". *Cf.* également Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, I, p. 1056 : "Le juge ne décide pas légalement que l'infraction... est punissable uniquement parce que le fait a été matériellement commis". La Cour précise cependant que cette question est indépendante de celle de savoir "de quelle manière il y a lieu d'apporter la preuve de l'élément moral de l'infraction et notamment de savoir si cet élément peut être déduit du simple fait matériel" ; voy. à ce sujet, J. VERHAEGEN, "L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1987)", *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, pp. 289 et s. *Cf.* encore Cass., 13 décembre 1994, *Pas.*, 1995, I, p. 1094 : "L'existence d'une infraction requiert toujours l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral, même lorsque ce dernier élément n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination". Dans le même sens, Cass., 19 novembre 1997, *Pas*., 1997, I, p. 490 ; Cass., 26 février 2002, *Pas*., 2002, I, p. 541; Cass., 4 octobre 2006 et Cass., 25 février 2010, *J.T.L*., 2010, pp. 184 et s. et note N. COLETTE-BASECQZ, "Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction". Voy., également, Cass., 27 septembre 2005, *Pas*., 2005, I, p. 1751, qui évoque "les principes généraux du droit pénal qui requièrent un élément moral pour chaque infraction".

727 *Cf.* notamment R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, pp. 182 et 186.

L'existence de cet élément moral de l'infraction est requise pour les auteurs personnes physiques, mais aussi pour les personnes morales, même si la preuve de l'élément moral peut susciter ici, dans certains cas, des difficultés spécifiques[728].

On distingue généralement deux composantes de l'élément moral :
- l'une, commune à toute infraction pénale, réside dans ce que nous appellerons l'imputabilité morale ;
- l'autre, variable selon les différents types d'infractions, réside dans le dol ou le défaut de prévoyance et de précaution.

A. L'imputabilité morale et les causes de non-imputabilité

1. Définition

Par la notion d'imputabilité, on entend ici que toute infraction pénale suppose que le fait matériel commis en violation de la loi (l'« acte pénal ») puisse être rattaché à la conscience et à la libre-volonté de son auteur. Une infraction pénale suppose cette composante morale.

Dans la mesure où la libre volonté et la conscience de l'agent sont présumées d'une façon générale par le législateur[729], l'exigence de l'imputabilité morale est surtout importante par ses conséquences négatives : si l'un des deux aspects (*conscience ou volonté*) est absent, l'infraction, au sens plénier du terme, disparait pour l'auteur de l'acte. C'est précisément dans ce cas que l'on parle de « cause de non-imputabilité » pour traduire l'idée que, tout en étant « objectivement » criminel (c'est-à-dire criminel au regard des éléments « objectifs » de l'infraction), « un acte n'est subjectivement pas imputable à son auteur »[730], et n'est, par voie de conséquence, pas constitutif d'infraction pour cet auteur, en regard de l'absence de l'élément « subjectif » de l'infraction.

Certains parlent à ce propos de « cause de justification subjective ou personnelle »[731]. L'expression est malheureuse, dans la mesure où, contrairement aux causes de justification qui

---

728 *Cf.* notamment Ch. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, "Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective. A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales", *J.T.*, 1998, p. 569.

729 Sans doute appartient-il en principe à la partie poursuivante de démontrer l'existence de l'élément moral de l'infraction, y compris l'absence de causes de non-imputabilité, mais cela uniquement, comme pour les causes de justification, à la condition que le prévenu allègue lui-même des causes qui ne sont pas dépourvues de crédit (*cf.* notamment Cass., 11 juin 1951, *Pas.*, I, p. 702; Cass., 22 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 548; Cass., 9 février 1982, *Pas.*, I, p. 721; Cass., 11 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 26; Cass., 31 mai 1989, *Pas.*, I, p. 1035; Cass., 10 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 145, Cass., 4 janvier 1994, *Pas.*, I, p. 6; Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, I, p. 175). C'est en ce sens que l'on a pu dire que "le ministère public ayant établi la matérialité de l'infraction, il appartient au prévenu d'invoquer une cause de justification, en précisant les éléments de fait permettant d'y accorder crédit" (E. KRINGS, "Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit", *J.T.*, 1990, p. 565, note 131). *Cf.* également R. LEGROS, "Considérations sur quelques arrêts récents concernant l'élément moral dans les infractions", *Journ. proc.*, n° 288, 22 septembre 1995, p. 17: "La preuve justificative doit être faite par le prévenu en ce sens que tout d'abord il doit invoquer la justification dont il entend se prévaloir, et, en outre, il doit indiquer les éléments susceptibles de la rendre vraisemblable, de lui apporter crédit, après quoi la preuve justificative résultera de la collaboration entre prévenu et partie poursuivante dans la mesure raisonnable de leurs possibilités et moyens ».

730 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, *op. cit*., p. 46.

731 La confusion est régulièrement opérée dans la doctrine et dans la jurisprudence et souligne, une nouvelle fois, l'interchangabilité entre les causes de justification et les causes de non-imputabilité. Voy., notamment, C. trav.

sont réelles et neutralisent l'élément légal de l'infraction, les causes de non-imputabilité sont personnelles, affectent l'élément moral de l'infraction et ne concernent que l'auteur qui peut les invoquer sans pouvoir bénéficier aux autres participants.

Le législateur a prévu cinq causes de non-imputabilité :
- le trouble mental ;
- la minorité ;
- l'erreur et l'ignorance invincibles ;
- la contrainte ;
- le trouble momentané de discernement.

2. Le trouble mental

a) Introduction historique

Cette première cause de non-imputabilité relative à la capacité pénale de l'agent présente la particularité d'être régie par deux types de dispositions qui se complètent : l'article 71 du Code pénal et la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement[732].

Héritier sur cette question du Code pénal de 1810, le Code pénal de 1867 prévoyait, en son article 71, qu'« il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était *en état de démence* au moment du fait (…) ».

L'article 71 du Code pénal faisait ici application de ce principe fondamental de droit pénal, selon lequel nul ne peut être condamné que s'il est l'auteur d'un acte qui lui est imputable. L'état de démence entraînait l'irresponsabilité pénale et l'acquittement de l'accusé ou du prévenu.

À la fin du XIXe siècle, ce système est mis en cause. Dans un contexte dominé par l'idéologie montante de la « défense sociale », le régime réservé aux « aliénés délinquants », associés à la figure de l'« homme dangereux », pose un problème en termes de contrôle social : soit ces « aliénés » sont reconnus « déments » et, bénéficiant de l'article 71 C.P, ils échappent à toute peine. Acquittés, ils se voient au plus appliquer de mesures administratives dont le suivi apparaît insuffisant ; soit, considérés comme « demi-fous », ils ne bénéficient pas de l'article 71 C.P, sont reconnus formellement responsables sur le plan pénal mais condamnés à de courtes peines en raison des circonstances atténuantes que leur vaut leur état mental[733].

Liège (6e ch.), 20 mai 2005, *J.T.T.*, n° 945, 2006/11, p. 187: "L'appelante revendique l'exonération d'une cause de non-imputabilité. Elle invoque comme cause de justification subjective, l'erreur invincible"; Liège (mis. acc.), 9 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1306 : "La démence, au sens de l'article 71 du Code pénal, constitue une cause de non-imputabilité, c'est-à-dire une cause de justification personnelle excluant la responsabilité pénale". N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE expliquent cette confusion par la maladresse du législateur d'avoir placé l'article 71 du Code pénal, concernant l'altération des facultés mentales et la démence, dans le chapitre VII du livre premier du Code pénal intitulé "Des causes de justification et d'excuse" (*Manuel de droit pénal général*, 2 e éd., *op. cit.*, p. 352). Voy., également, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4e éd., *op. cit.*, p. 146.

732 *M.B.*, 9 juillet 2014

733 Y. CARTUYVELS, « L'internement en Belgique : une « troisième voie » qui en cherche une autre… », *Annales Medico-Psychologiques*, 2018, n°176, pp. 395-403.

Soucieuse de remédier à cette situation, *la loi de défense sociale du 9 avril 1930 à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude* vient compléter l'article 71 du Code pénal, en permettant de prendre une mesure d'internement, décrite comme une mesure de soin et de sécurité, à l'égard de l'accusé ou du prévenu déclaré pénalement irresponsable de ses actes au moment du jugement.

La loi de 1930 a subi diverses modifications, par une loi du 1er juillet 1964 d'abord, par la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle qui l'a renommée « loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels » ensuite. Une tentative de réforme plus globale a eu lieu en ce début de XXIe siècle, avec la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental. Cette loi, fort critiquée, n'est finalement jamais entrée en vigueur. Finalement, la réforme globale de la matière a été réalisée par *la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement* des personnes, qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016[734].

La matière est complexe pour deux raisons : d'une part, les conditions d'application de la cause de non-imputabilité (art.71 CP) et celles de la mesure d'internement (art. 9 loi du 5 mai 2014) ne coïncident pas ; d'autre part, si l'existence de la cause de non-imputabilité est fonction de l'état de l'auteur au moment du fait, le prononcé de la mesure d'internement dépend de l'état de l'auteur au moment du jugement. Confronté à une situation de ce type, le juge doit donc procéder à une analyse en deux temps :

- en se fondant sur les critères de l'article 71 du Code pénal, il doit d'abord se prononcer sur l'irresponsabilité pénale au moment des faits ;
- si l'irresponsabilité pénale est retenue, l'auteur sort de la filière pénale classique. Le juge doit alors décider de prononcer (ou non) une mesure d'internement en fonction de l'état mental de la personne au moment de la décision judiciaire et sur la base de l'article 9 la loi du 5 mai 2014.

b) La décision sur l'irresponsabilité pénale ou le champ d'application de l'article 71 CP

Tel que modifié par la loi du 4 mai 2016, dite pot-pourri III, l'article 71 du Code pénal dispose que :

> « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint, au moment des faits, d'un *trouble mental* qui a *aboli* sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes (…) ».

On soulignera d'emblée que l'expression « il n'y a pas d'infraction » reste malheureuse. En effet, la cause de non-imputabilité ne fait pas disparaître l'infraction, mais entraîne seulement que celle-ci n'est pas imputable à la personne reconnue incapable pénalement en raison du trouble mental.

---

734 Voy., l'article 250 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B*., 13 mai 2016, qui a modifié l'article 136 de la loi du 5 mai 2014. Sur le nouveau régime légal, voy. O. NEDERLANDT, N. COLETTE-BASECQZ, F. VANSILIETTE, Y. CARTUYVELS (dir.), La loi de 2014 relative à l'internement. Nouvelle loi, nouveaux défis : vers une véritable politique de soins pour les internés ?, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie,* 2018, n°26. Pour une contribution tout à fait récente, voyez : N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *in* H. Bosly et Ch. De Valkeneer (coord.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 217-300.

La notion de « trouble mental » remplace celle « d'état de démence », au motif que cette notion serait plus conforme aux avancées de la psychiatrie contemporaine, recouvrant tant les troubles de capacités volitives que cognitives et incluant dès lors aussi de situations de handicap mental[735].

Là où la notion d'« état » renvoie à l'idée d'un problème permanent, la notion de « trouble » semble viser une situation qui peut n'être que « passagère ». La Cour de cassation a cependant déclaré que : « le juge apprécie souverainement si le prévenu était atteint, au moment des faits qui lui sont reprochés, d'un trouble mental ayant aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, au sens de l'article 71 du Code pénal. Lorsqu'il constate que le prévenu se trouvait dans un tel état au moment de commettre les faits qui lui sont reprochés, il ne peut le déclarer coupable et ce, que cet état de trouble mental, qui suppose une certaine pérennité, ait été causé ou non par le prévenu lui-même »[736]. En l'espèce, le demandeur souffrait d'un trouble psychotique avec délires et le bénéfice de la cause de non-imputabilité lui avait été refusée au motif que le trouble mental résultait de sa volonté de se livrer à l'abus de cannabis et d'alcool pendant une période de sa vie. La Cour de cassation a considéré que l'arrêt de la chambre de protection sociale du tribunal de l'application des peines n'était pas juridiquement fondé.

Lorsqu'il y a des raisons de croire à l'existence d'un trouble mental au moment des faits, le procureur du Roi, le juge d'instruction ainsi que les juridictions d'instruction et de jugement ordonnent une expertise psychiatrique médico-légale pour établir :

a) si au moment des faits, la personne était atteinte d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ;
b) si, au moment de l'expertise, la personne était atteinte d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ;
c) s'il existe une possibilité de lien causal entre le trouble mental et les faits ;
d) si, du fait du trouble mental, le cas échéant conjugué à d'autres facteurs de risque, la personne risque de commettre de nouvelles infractions comme prévu à l'article 9, §1er, al. 1er ;
e) si, le cas échéant, la personne peut être traitée, suivie, soignée et de quelle manière, en vue de sa réinsertion dans la société (art. 5, §1er).

L'expertise, obligatoire en cas de décision d'internement, est conduite sous la responsabilité d'un expert psychiatre médico-légal agréé. Ce dernier peut se faire assister par d'autres

---

735 L'article 71 du Code pénal visait dans sa version originaire la notion de « démence ». La loi de 2014 a remplacé cette notion par celle de *trouble mental qui a aboli ou gravement altéré* la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes. La loi du 4 mai 2016, dite pot-pourri III, a toutefois *supprimé les mots « gravement altéré »*. Cette réduction du champ d'application de l'article 71 aux seules personnes atteintes d'un trouble mental complet, et non plus d'un trouble mental partiel, a entraîné que les champs d'application de la cause de non-imputabilité et de la mesure d'internement ne coïncident plus. En effet, l'article 9 de la loi relative à l'internement dispose que la mesure d'internement peut être prononcée en cas de trouble mental qui *abolit ou altère gravement* la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes. Il en résulte une situation curieuse, puisqu'une personne, reconnue dans un état de trouble mental grave (mais pas total) au moment des faits sera déclarée « responsable » et devrait logiquement faire l'objet d'une condamnation pénale. Toutefois, si elle est dans le même état au moment du jugement, elle pourra se voir imposer une mesure d'internement.

736 Cass., 25 mai 2021, P.21.0266.N, *Rev. dr. pén.*, 2021/11, p. 1068-1069. Pour une analyse fouillée de l'application de l'article 71 dans le cadre de la consommation de stupéfiants (qui peuvent faire surgir un trouble mental persistant ou relativement permanent), voyez F. KUTY, « L'irresponsabilité pénale lorsque l'annihilation du discernement ou du libre arbitre trouve son origine dans la consommation de stupéfiants », *J.T.*, 2021, n° 6873, pp. 717-722.

spécialistes en sciences comportementales (expertise en collège) (art. 5, §2). L'expertise est contradictoire : la personne qui fait l'objet d'une expertise psychiatrique médicolégale peut, à tout moment, se faire assister par un médecin de son choix (et aussi par un avocat). Elle peut également communiquer aux experts judiciaires les informations utiles pour l'expertise que lui fournit le prestataire de soins de son choix (art. 7). La chambre des mises en accusation de Bruxelles a écarté à plusieurs reprises des expertises qui ne respectaient pas ce principe du contradictoire[737].

C'est alors aux juridictions d'instruction ou aux juridictions de jugement, munies du rapport d'expertise qui a un statut d'avis (et qui n'est donc pas contraignant), de décider du sort de la personne et, éventuellement, d'une mesure d'internement (art. 9).

c) Le champ d'application de la mesure d'internement

L'article 2 de la loi du 5 mai 2014 souligne que l'internement est « une mesure de sûreté destinée à la fois à protéger la société et à faire en sorte que soient dispensés à la personne internée les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société ». Il ne s'agit donc pas d'une peine à proprement parler mais, dans le fil de la philosophie de la loi de 1930, d'une mesure de sécurité et de soin.

Aux termes de l'article 9 §1 et §2 de la loi du 5 mai 2014, la juridiction d'instruction ou la juridiction de jugement peut ordonner l'internement d'une personne si les conditions suivantes sont réunies et constatées au moment du jugement :

- elle a commis *un crime ou un délit* portant atteinte à ou menaçant *l'intégrité physique ou psychique de tiers*. L'objectif est ici de réserver la mesure d'internement aux auteurs d'actes d'une certaine gravité et attentatoires aux personnes. Un très grand pouvoir d'appréciation est laissé au magistrat quant à ce critère[738]. La Cour de cassation a ainsi décidé que la cour d'appel a pu considérer que des infractions en matière de stupéfiants rentrent dans le champ d'application de la loi sur l'internement[739] ;

- elle est, *au moment de la décision*, atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ;

- le *danger* existe qu'elle commette de *nouveaux faits* tels que visés au 1° (du même type) en raison de son trouble mental, éventuellement combiné avec d'autres facteurs de risque ;

- elle a fait l'objet d'une *expertise psychiatrique médicolégale*.

En ce qui concerne le lien entre le trouble mental et le fait qualifié infraction, la Cour de cassation a déclaré que pour pouvoir bénéficier de la cause de non-imputabilité de l'article 71 du Code pénal, il est requis qu'il existe un lien causal entre le fait qualifié infraction et le trouble mental dont souffre l'auteur. En revanche, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'opportunité de prononcer la mesure d'internement, la loi ne subordonne pas la prononciation de cette mesure à l'existence

---

737 Bruxelles (ch. m. acc.), 7 octobre 2020, R.G. K/1959/20, inédite ; Bruxelles (ch. m. acc.), 17 novembre 2020, R.G. K/2274/20, inédite.

738 Cass., 23 novembre 2021, P.21.0888.N. https://juportal.be/.

739 Cass., 5 septembre 2018, *Pas.*, 2018, p. 1732.

d'un lien causal entre le trouble mental justifiant la mesure d'internement et le fait qualifié infraction[740].

De manière globale, on peut envisager les situations suivantes :

Moment des faits (art. 71 CP)	**Moment jugement (art. 9 loi 2014)**	**Décision**
abolition : irresponsable (71 CP)	sain d'esprit	acquitté
abolition : irresponsable (71 CP)	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : non lieu/ acquittement/mesure protection loi 1990
« seulement » trouble mental grave ou trouble léger : responsable	sain d'esprit	peine
« seulement » trouble mental grave ou trouble léger : responsable	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : peine
sain d'esprit : responsable	sain d'esprit	peine
sain d'esprit : responsable	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : peine

La mesure d'internement est prononcée pour une durée indéterminée. La loi organise donc le suivi de l'interné pendant qu'il exécute cette mesure d'internement (voyez à cet égard, l'exécution de l'internement*, infra*, Chapitre IV, Section 6, §2).

3. La minorité

a) Introduction historique

Une deuxième cause d'incapacité pénale réside dans l'état de minorité de l'auteur de l'infraction.

Le Code pénal de 1867 érigeait déjà expressément la minorité en cause de non-imputabilité lorsqu'elle s'accompagnait d'une absence de discernement. Les mineurs jouissant d'un discernement suffisant étaient jugés comme des adultes mais bénéficiaient d'une « excuse de minorité » diminuant la peine. Ceux auquels on reconnaissait une absence de discernement étaient purement et simplement acquittés.

Au début du 20ème siècle, la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, également fille de l'idéologie de la défense sociale, réforme le système. Elle fixe l'âge de la majorité pénale à 16 ans et introduit le principe d'une « justice des mineurs ». La difficulté posée par la notion de

740 Cass., 9 juin 2020, *R.W.*, 2021-2022, p. 518.

discernement ainsi que la volonté de protéger la société contre les « pépinières des classes dangereuses » favorisent l'adoption d'un modèle protectionnel axé sur l'éducation et le traitement, et fondé sur des « mesures de protection » pour les mineurs délinquants, prises pas une juridiction spécialisée.

Cinquante ans plus tard, la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse[741] réforme la loi de 1912 et constitue une étape majeure dans la mise en place d'un véritable droit de la protection de la jeunesse. La loi ne distingue plus le mineur délinquant du mineur non-délinquant. Tous deux sont perçus comme des « mineurs en danger ». Le mineur en danger est « celui qui est menacé dans son développement personnel et dans son développement social »[742] et qu'il s'agit de protéger grâce à un filet de mesures de prévention et de protection. Cet état de danger devient la base de l'intervention étatique auprès du mineur et le centre névralgique du système protectionnel[743].

Depuis son entrée en vigueur, le régime prévu par la loi de 1965 a connu d'importantes modifications, notamment à travers les lois du 15 mai 2006 et du 13 juin 2006[744] qui lui ont donné son intitulé actuel : *Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage commis par ce fait*[745].

Par ailleurs, depuis la fin des années 1990, à la suite de la communautarisation de la matière, le régime des « mineurs non délinquants » et celui des mineurs ayant commis un ou plusieurs « faits qualifiés infraction » ont été à nouveau séparés[746]. En conséquence, le droit de la

---

741 *M.B.*, 15 avril 1965. Au sujet de cette loi ainsi que des réformes réalisées ou projetées dont elles ont fait l'objet, *Voy.* M. VAN DE KERCHOVE, "Les mineurs à l'intersection de quatre modèles principaux d'intervention", *Van jeugbeschermingsrecht naar jeugdrecht ?, éd. Par C. Eliaerts et al., Anvers-Arnhem, Kluwer-Gouda Quint, 1991.*, pp. 205 et s. ; P. CORNELIS et P. RANS, « Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, pp. 1055 et s. ; Th. MOREAU, « La réforme de la loi du 8 avril 1965 », *J.D.J.*, n° 134, avril 1994, pp. 13 et s. ; P. RANS, « Les dispositions de droit matériel applicables aux mineurs ayant commis un fait qualifié infraction », *Ann. Dr.*, 1995, n° 3, pp. 239 et s.; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996 ; Th. MOREAU, « La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *Rev. int. dr. pén.*, 2004, n° 1-2, pp. 151 et s.; *Actualités en droit de la jeunesse*, sous la direction de Th. MOREAU, CUP, Bruxelles, Larcier, 2005.

742 T. MOREAU et F. TULKENS, *Droit de la jeunesse : Aide-Assistance-Protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 226.

743 T. MOREAU et F. TULKENS, *op.cit.*, pp. 224-225.

744 À ce sujet, Voy., notamment, *Protection de la jeunesse. Formes et Réformes*, sous la direction de J. CHRISTIAENS, D. DEFRAENE et I. DELENS-RAVIER, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; Loi du 8 avril 1965. Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage commis par ce fait (J.D.J., n° 258, supplément, 2006), textes coordonnés et commentés d'A. DE TERWANGNE ; Th. MOREAU, « La réforme de la protection de la jeunesse. Analyse des dispositions entrées en vigueur le 16 octobre 2006 », *J.D.J.*, n° 260, 2006, pp. 4 et s. ; Th. MOREAU, *La réforme de la protection de la jeunesse. Analyse des dispositions entrées en vigueur le 16 octobre 2006*, CUP, vol. 91, Bruxelles, Larcier, 2006 ; Th. MOREAU et S. BERBUTO, *Réforme du droit de la jeunesse. Questions spéciales*, CUP, vol. 97, Anthémis, 2007 ; La réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Premier bilan et perspectives d'avenir. Actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2007, sous la direction de Th. MOREAU, I. RAVIER et B. VAN KEIRSBILCK, Liège, Ed. Jeunesse et droit, 2007 ; M. PREUMONT, *Mémento du droit de la jeunesse 2019*, Waterloo, Kluwer, 2019.

745 Par deux arrêts importants rendus en 2008, la Cour constitutionnelle a annulé plusieurs dispositions de la loi de 2006 (C.C., 13 mars 2008, n° 49/2008 et C.C. 13 mars 2008, n° 50/ 2008).

746 La loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 a inséré la protection de la jeunesse dans la liste des matières personnalisables. Elle a toutefois prévu que feraient exception, la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction.

protection de la jeunesse se divisait en deux grands volets. La matière relative aux « mineurs en danger » non délinquants était régie en grande partie par quatre textes communautaires[747], alors que le volet « mineur délinquant » restait régi par la loi du 8 avril 1965.

À la suite de la 6ème réforme de l'État, l'exception relative à « la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction » a disparu de l'article 5, §1er de la loi du 8 août 1980, de sorte que l'intégralité du volet « mineur délinquant » est maintenant communautarisé, à l'exception des règles applicables aux mineurs dessaisis[748].

Les différentes entités fédérées ont donc à nouveau légiféré pour intégrer cette nouvelle compétence dans leur arsenal juridique. Concrètement, à l'heure actuelle, une grande partie des dispositions de la loi de 1965 ne sont plus en vigueur en Flandre et en Wallonie, la matière étant essentiellement régie par le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse du 18 janvier 2018[749] et le décret flamand sur le droit en matière de délinquance juvénile du 15 février 2019[750].

En ce qui concerne Bruxelles, l'ordonnance du 16 mai 2019 relative à l'aide et à la protection de la jeunesse[751] n'est pas encore entrée en vigueur, de sorte que la loi du 8 avril 1965 reste intégralement d'application. Il en va de même en Communauté germanophone, dans l'attente de l'adoption d'un nouveau texte communautaire.

Ces nouveaux textes remplacent (ou remplaceront à terme) en très grande partie la loi du 8 avril 1965, en abrogeant les textes communautaires antérieurs[752].

b) Le principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs et ses exceptions

1. Le principe (art. 100*ter* C.P.)

L'article 100*ter* du Code pénal, inséré par la loi du 28 novembre 2000, consacre le principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs de moins de 18 ans, tirée de son absence présumée de discernement. La loi soustrait donc les mineurs de moins de 18 ans à l'application de la loi pénale[753].

---

747 Il s'agit, en Communauté française, du décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse (*M.B.*, 12 juin 1991), en Communauté germanophone, du décret du 14 mai 2009 relatif à l'aide à la jeunesse et à la protection de la jeunesse (*M.B.,* 22 octobre 2009), en Communauté flamande, du décret du 12 juillet 2013 de l'Autorité flamande relatif à l'aide intégrale à la jeunesse (*M.B.*, 13 septembre 2013) et dans la Région de Bruxelles-Capitale, de l'ordonnance du 29 avril 2004 relative à l'aide à la jeunesse, *M.B.*, 1er juin 2004.

748 Sur ce sujet, voir *infra* pt 2.2.2.

749 *M.B.*, 3 avril 2018. Ci-après dénommé « Code wallon ».

750 *M.B.*, 26 avril 2019. Ci-après dénommé « décret flamand ». Le décret flamand est partiellement entré en vigueur le 1er septembre 2021. L'intégralité du texte devrait cependant entrer en vigueur le 1er septembre 2022.

751 *M.B.*, 5 juin 2019. Ci-après dénommé « ordonnance bruxelloise »

752 Voy., notamment, M. PREUMONT, « Le code en question. D'où viens-je ? Où suis-je ? Où vais-je ? », *in X., Le code de l'aide et de la protection de la jeunesse. Connaître et analyser les changements*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 41 et s.

753 Voy. Cass., 11 mars 2009, *Rev. dr. pén. crim*., 2009, n° 6, pp. 748 et s.

En conséquence, un mineur d'âge ne commet pas une infraction mais un « fait qualifié infraction ». De même, il n'est pas soumis à une ou plusieurs peines mais à une ou plusieurs « mesures de garde, de préservation ou d'éducation » ordonnée(s) par un juge spécialisé, le juge de la jeunesse[754].

Le principe est donc l'exclusion du champ pénal de tout individu qui aurait commis un acte pénalement répréhensible avant l'âge de 18 ans et l'application à ce dernier d'un régime protectionnel. Ce principe connaît cependant trois exceptions.

2. Première exception : les infractions aux dispositions des lois et règlements sur la police du roulage (art. 36*bis* de la loi de 1965)

L'article 36*bis* de la loi du 8 avril 1965 prévoit que, sauf en cas de connexité avec des poursuites du chef d'autres infractions, les juridictions de droit commun sont compétentes pour connaître des infractions commises par des mineurs de plus de 16 ans :

- Aux dispositions des lois et règlements sur la police du roulage ;
- Aux articles 418, 419 et 420 du Code pénal (homicide et lésions corporelles involontaires) qui seraient connexes à une infraction de roulage ;
- À la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.

L'article 36b*is*, al.2 prévoit néanmoins que « si les débats devant ces juridictions font apparaître qu'une mesure de garde, de préservation ou d'éducation serait plus adéquate en la cause, ces juridictions peuvent par décision motivée se *dessaisir* et renvoyer l'affaire au ministère public aux fins de réquisitions devant le tribunal de la jeunesse, s'il y a lieu ».

Cette exception est reprise telle quelle dans les trois nouveaux textes adoptés par les entités fédérées (article 5 du Décret flamand, article 56 du Code wallon et article 19 de l'Ordonnance bruxelloise).

3. Deuxième exception : le dessaisissement (art. 57*bis* de la loi de 1965)

L'article 57*bis*, §1er, de la loi de 1965[755] prévoit que :

> « Si la personne déférée au tribunal de la jeunesse en raison d'un fait qualifié infraction était âgée de seize ans ou plus au moment de ce fait et que le tribunal de la jeunesse estime inadéquate une mesure de garde, de préservation ou d'éducation, il peut, par décision motivée, se dessaisir et renvoyer l'affaire au ministère public aux fins de poursuite devant, soit, si la personne concernée est soupçonnée d'avoir commis un délit ou un crime correctionnalisable, une chambre spécifique au sein du tribunal de la jeunesse qui applique le droit pénal commun et la procédure pénale commune, s'il y a lieu, soit, si la personne concernée est soupçonnée d'avoir commis un crime non correctionnalisable, une cour d'assises composée conformément aux dispositions de l'article 119, alinéa 2, du Code judiciaire, s'il y a lieu ».

---

754 Sur les différentes mesures pouvant être prise par le tribunal de la jeunesse à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, voir *infra* pt 2.4.

755 L'article 57*bis* a été inséré par la loi du 13 juin 2006. Avant cette réforme, la matière était visée aux articles 38 et 50, §2 de la loi du 8 avril 1965, laquelle a été intégralement remaniée et renumérotée en 2006.

a) L'article 57*bis* prévoit donc que, confronté à un mineur ayant commis un fait qualifié infraction âgé de plus de 16 ans au moment des faits, le tribunal de la jeunesse, s'il estime que les mesures de garde, de préservation ou d'éducation dont il dispose sont inadéquates, peut renvoyer le dossier au ministère public. Le ministère public dispose alors de la possibilité de donner au dossier l'orientation qui lui semble la plus adéquate. Il peut décider de classer le dossier sans suite, proposer une mesure extra-judiciaire (médiation - mesures) ou exercer des poursuites. Si les poursuites sont exercées, le ministère public pourra soit lancer une citation directe devant une chambre spécifique du tribunal de la jeunesse, soit saisir un juge d'instruction, le cas échéant avec demande de délivrance d'un mandat d'arrêt.
En phase de jugement, deux possibilités se dessinent :

- si la personne concernée est soupçonnée d'avoir commis un délit ou un crime correctionnalisable, elle devra comparaître devant une chambre spécifique au sein du tribunal de la jeunesse qui applique le droit pénal commun et la procédure pénale commune ;
- si la personne est soupçonnée d'avoir commis un crime non correctionnalisable, elle devra comparaître devant une cour d'assises composée conformément aux dispositions de l'article 119, alinéa 2, du Code judiciaire (soit deux magistrats ayant suivi la formation requise pour exercer les fonctions de juge au tribunal de la jeunesse).

Le dessaisissement est donc le constat posé par le tribunal de la jeunesse de l'absence d'impact sur le jeune de l'ensemble des mesures protectionnelles ordonnées, qui aboutit à ce que ce dernier se voit appliquer le droit commun du droit pénal et de la procédure pénale. S'il se dessaisit, le tribunal de la jeunesse ne se prononce donc pas sur la culpabilité du jeune quant aux faits qualifiés infraction pour lesquels il est poursuivi[756].

Cette possibilité de dessaisissement et ses deux conditions de base (mineur de plus de 16 ans, inadéquation des mesures), sont maintenues telles quelles dans les nouveaux textes adoptés par les entités fédérées.

b) L'article 57*bis* assortit le dessaisissement de conditions supplémentaires qui, elles, ont été partiellement modifiées par les décrets et ordonnance des entités fédérées (article 38 du décret flamand, article 125 du Code wallon et article 89 de l'ordonnance bruxelloise)[757].

L'article 57*bis* de la loi du 8 avril 1965 stipule que le dessaisissement ne peut intervenir qu'aux conditions supplémentaires suivantes :

> 1) Le mineur doit entrer dans l'une des deux catégories suivantes :
> **- soit** il a déjà fait l'objet d'une ou de plusieurs mesures de garde, de préservation et d'éducation, ou d'une offre restauratrice
> **- soit** il s'agit d'un fait visé aux articles 373, 375, 393 à 397, 400, 401, 417*ter*, 417*quater*, 471 à 475 du Code pénal ou de la tentative de commettre un fait visé aux article 393 à 397 du Code pénal (art. 57*bis*, § 1er)[758]. Attention, cet article fait référence aux

---

756 Cass., 2 novembre 2001, P.11.1648.F, *Rev. dr. pén., crim.*, 2012, p. 318 ; Liège (jeun.), 5 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, liv. 25, p. 1164, note C. DELBROUCK ; V. MACQ, « Le dessaisissement », in *La réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, Premier bilan et perspectives d'avenir*, Liège, Jeunesse et droit éditions A.S.B.L., 2008, p. 224.

757 Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, *op. cit.*, pp. 188 et s.

758 Voy., notamment, G. ROBESCO, « Le dessaisissement et les limites de la protection de la jeunesse », *Protection de la jeunesse. Les défis d'une réforme*, *op. cit.*, pp. 159 et s.; T. HENRION, « La nouvelle procédure de dessaisissement », *J.D.J.*, 2007, n° 268, pp. 22 et s.; P. RANS, « Le dessaisissement et ses suites », *J.D.J.*, 2007, n°

anciennes dispositions relatives aux infractions de mœurs et n'a pas été mis à jour avec l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 2022 en ce qui concerne le droit pénal sexuel.

Ces conditions ont trait aux antécédents judiciaires du mineur ou au type d'infractions qu'il a commises. Si les textes communautaires déjà adoptés maintiennent ces deux conditions dans leur principe, ils en modifient cependant sensiblement le contenu, dans un sens qui rend plus difficile ou limite le champ d'application du dessaisissement. Ainsi, là où l'article 57*bis* envisage ces conditions comme *alternatives* l'une à l'autre, les textes communautaires en font des conditions *cumulatives*[759].

268, pp. 30-37, et le rapport du Délégué général de la communauté française aux droits de l'enfant, *Quel avenir pour les jeunes dessaisis?*, novembre 2012 ; P. RANS, « Les mesures de garde et d'éducation pour les mineurs poursuivis du chef d'un fait qualifié infraction », in *X., Le code de l'aide et de la protection de la jeunesse. Connaître et analyser les changements*, *op. cit.*, pp. 192 et C. MOREAU et Th. MOREAU, « L'exécution des mesures d'aide et de protection de la jeunesse en Communauté française », In *X., Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, sous la coordination de H.-D. BOSLY et C. DE VALKENEER, Larcier, Bruxelles, 2021, pp. 385 et s.

759 Globalement, les conditions ont été modifiées dans le sens d'une limitation plus stricte des hypothèses pouvant mener à une décision de dessaisissement. Par ailleurs, ces conditions seront dorénavant cumulatives. Ainsi, pour être dessaisi, l'article 125 du Code wallon prévoit que le jeune concerné devra cumulativement *a*) avoir déjà fait l'objet d'une mesure d'hébergement en institution publique en régime fermé pour un fait antérieur déclaré établi par jugement définitif ; *b*) être poursuivi, soit pour un fait consistant en une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui, punissable d'une peine d'emprisonnement correctionnel principal de cinq ans ou une peine plus lourde ; soit pour un fait qualifié de violation grave du droit international humanitaire ou un fait qualifié infraction terroriste, punissable d'une peine d'emprisonnement correctionnel principal de cinq ans ou d'une peine plus lourde. L'article 125, 1er, al.3 prévoit néanmoins trois hypothèses dans lesquelles la première condition ne devra pas être remplie, à savoir : lorsque le fait pour lequel le jeune est poursuivi est un fait punissable d'une peine de réclusion de dix à quinze ans ou d'une peine plus lourde ; lorsque le jeune ne collabore pas aux mesures provisoires ou s'y soustrait ; lorsque l'âge du jeune au moment du jugement qui n'est pas dû à la durée anormalement longue de la procédure, rend inopérant le recours à une mesure de protection.
L'article 38 §2 du Décret flamand prévoit quant à lui que le mineur devra, cumulativement, *a)* avoir fait l'objet d'une ou plusieurs sanctions visées aux articles 35, 36 et 37 et, *b)* être soupçonné d'avoir commis un fait visé aux articles 373, 375, 393, 394, 395, 396, 397, 400, 401, 417*ter*, 417quater, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474 et 475 du Code pénal ou une tentative de commettre un fait tel que visé aux articles 393, 394, 395, 396 et 397 du Code pénal. Ce même article stipule que ces conditions ne devront pas être remplie si le mineur est suspecté d'avoir commis un fait tel que visé aux articles 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 137, 140 et 141 du Code pénal qui, s'il avait été commis par un majeur, serait passible d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans ou d'une peine plus lourde. Attention, cet article fait référence aux anciennes dispositions relatives aux infractions de mœurs et n'a pas été mis à jour avec l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 2022 en ce qui concerne le droit pénal sexuel.
Enfin, l'article 89 de l'Ordonnance bruxelloise prévoit que le mineur devra, cumulativement, a) avoir fait l'objet d'une ou plusieurs mesures prononcées par ordonnance ou par jugement visées aux articles 64, alinéa 3, 2° à 10° ou 77, alinéa 3, 3° à 15° ou a vu son projet visé à l'article 58 homologué et b) être poursuivi pour un fait constituant au sens du Code pénal et des lois particulières, soit un atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui qui, s'il avait été commis par une personne majeure, aurait été de nature à entrainer, en vertu du Code pénal ou des lois particulières, une peine de réclusion de 5 ans ou une peine plus lourde ; soit en un fait qualifié infraction terroriste ou de violation grave du droit international humanitaire de nature à entrainer, en vertu du Code pénal ou des lois particulières, une peine de réclusion de 5 ans ou une peine plus lourde ; soit en un fait punissable de la peine de la réclusion de 10 à 15 ans ou d'une peine plus lourde. Il peut être dérogé à ces conditions cumulatives si, le fait, s'il avait été commis par une personne majeure, était passible d'une peine de réclusion de 15 à 20 ans ou était constitutive d'une infraction terroriste ou de violation grave du droit international humanitaire qui, s'il avait été commis par une personne majeure, était passible d'une peine de 10 à 15 ans d'emprisonnement ou d'une peine plus lourde.
L'exigence de réalisation d'une étude sociale et d'un examen médicopsychologique préalablement au dessaisissement est également toujours présente dans les textes communautaires mais les hypothèses dans lesquelles le tribunal peut passer outre cette exigence ont été modifiées (voir art. 38, §3 du Décret flamand, art. 125, §2 du Code wallon et art.89, §2 de l'Ordonnance bruxelloise).

2) L'article 57*bis* de la loi de 1965 soumet également la procédure de dessaisissement à un certain nombre d'exigences procédurales.

Sauf exceptions[760], le tribunal de la jeunesse ne peut se dessaisir qu'après avoir fait procéder à une étude sociale **et** à un examen médico-psychologique qui ont pour but d'éclairer le tribunal sur la personnalité du mineur et permettent d'évaluer l'opportunité de soumettre le jeune à de nouvelles mesures protectionnelles à l'avenir (art. 57*bis*, § 2). Pour fonder sa décision, le tribunal s'appuie sur des éléments liés à la personnalité du mineur, à son entourage et à son degré de maturité (art. 57*bis*, §1er, al. 2).

Les textes communautaires reprennent également cette double exigence.

Si les deux premières conditions de base du dessaisissement (l'âge du mineur et l'inadéquation des mesures protectionnelles) demeurent inchangées dans les textes communautaires, des divergences apparaissent néanmoins quant aux conditions liées aux antécédents du jeune, au type d'infractions pour lesquelles le dessaisissement peut être ordonné ainsi qu'aux critères de l'examen médico-psychologique sur lesquels le tribunal appuie sa décision. Le régime du dessaisissement n'est donc plus tout à fait identique dans les différentes Communautés du pays[761].

c) Enfin, l'article 57*bis*, §5 de la loi du 8 avril 1965 prévoit que « toute personne qui a fait l'objet d'une décision de dessaisissement prononcée en application du présent article devient, à compter du jour ou cette décision est devenue définitive[762], justiciable de la juridiction ordinaire pour les poursuites relatives aux faits commis après le jour de la citation de dessaisissement ». Cette possibilité de dessaisissement « automatique » a toutefois disparu des nouveaux textes communautaires, de sorte qu'un nouveau passage devant le tribunal de la jeunesse et une nouvelle procédure de dessaisissement sont exigés pour tout nouveau fait qualifié infraction commis après que le jeune a 16 ans et avant qu'il n'atteigne ses 18 ans.

Il est à noter que toutes les règles de procédure ainsi que toutes les règles relatives à l'exécution de la décision de dessaisissement relèvent de la compétence des autorités fédérales, de sorte que les dispositions y relatives de la loi du 8 avril 1965 restent d'application.

760 L'article 57*bis*, §2 de la loi du 8 avril 1965 prévoit que le tribunal de la jeunesse peut statuer sur une demande de dessaisissement sans examen médico-psychologique si l'intéressé s'y soustrait ou refuse de s'y soumettre. Il peut également prendre la même décision sans rapport d'étude sociale et sans examen médico-psychologique s'il s'agit (I) d'un jeune qui a déjà fait l'objet d'une mesure par jugement pour un fait visé aux articles 323, 373 à 378, 392 à 394, 401 et 468 à 476 du Code pénal, commis après qu'il ait atteint l'âge de 16 ans et qu'il est poursuivi pour un nouveau fait ou s'il s'agit (II) d'un jeune poursuivi après 18 ans pour un crime puni de plus de 20 ans de réclusion, commis après qu'il ait atteint l'âge de 16 ans. Attention, cet article fait référence aux anciennes dispositions relatives aux infractions de mœurs et n'a pas été mis à jour avec l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 2022 en ce qui concerne le droit pénal sexuel.

761 En ce qui concerne la procédure de dessaisissement et les conditions d'application prévues par les différents textes communautaires, la Cour constitutionnelle a rappelé que le dessaisissement n'étant pas une peine, ces dispositions s'apparentaient à des règles de procédure et étaient d'application immédiate, de sorte qu'un mineur peut être dessaisi, après l'entrée en vigueur du texte, pour un fait qualifié infraction commis avant celle-ci (C. C. n° 112/2020, 27 juillet 2020).

762 Par décision devenue définitive au sens de l'articule 57*bis*, §5 de la loi du 8 avril 1965, il y a lieu d'entendre coulée en force de chose jugée à distinguer le la notion de décision définitive au sein de l'article 420 du Code pénal. L'article 57*bis* ne permet donc le dessaisissement automatique qu'après que la première décision de dessaisissement ne soit plus susceptible d'un pourvoi en cassation. Voy. P. CORNELIS et P. RANS, « Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *R.D.P.C.*, 1994, p. 1079.

4. Troisième exception : les sanctions administratives (art. 38*bis* loi de 1965)

L'article 38*bis* de la loi du 8 avril 1965 (non abrogé par les nouvelles dispositions communautaires) prévoit deux situations où les mineurs de moins de 18 ans peuvent faire l'objet de sanctions administratives :

4.1. *Les sanctions administratives communales*

La loi du 30 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales autorise l'application de sanctions administratives (amende ou prestation citoyenne), aux mineurs ayant atteint l'âge de 14 ans accomplis au moment des faits, en cas d'infraction aux règlements ou ordonnances adoptés par le conseil communal (art. 14 et s.).

Si le conseil communal prévoit une procédure de médiation dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées, cette procédure est obligatoire au cas où elle se rapporte aux mineurs ayant atteint l'âge de 14 ans au moment des faits (art. 18).

4.2. *Les sanctions administratives prises en exécution de la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football*

La loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football prévoit également que les mineurs ayant atteint l'âge de 14 ans accomplis au moment des faits peuvent faire l'objet d'une interdiction administrative temporaire de stade en cas d'infraction à la loi (art. 24*quater*).

Dans ces deux hypothèses, le tribunal de la jeunesse connaît des recours contre les décisions imposant des sanctions administratives à l'égard de mineurs (art. 36).

c) L'extension de l'application des mesures protectionnelles au-delà de la majorité

La loi du 8 avril 1965 prévoit que, dans certaines hypothèses déterminées et sous certaines conditions, le juge de la jeunesse peut ordonner la prolongation des mesures protectionnelles au-delà de la majorité de l'intéressé, et ce pour un délai ne pouvant dépasser l'âge de 20 ans (37, §3, al. 2, 1° et 2°)[763]. Les nouvelles dispositions communautaires maintiennent la possibilité de soumettre un jeune à des mesures protectionnelles au-delà de sa majorité mais sous des formes très différentes. Le décret flamand prévoit que les mesures protectionnelles peuvent d'office être ordonnées jusqu'à l'âge de 23 ans, sans qu'il y ait besoin de prolongation (art. 6). Il prévoit en outre une possibilité de prolonger un placement en régime fermé jusqu'à 25 ans ainsi qu'une mise à disposition du tribunal de la jeunesse jusqu'à 25 ans également (art. 37, §3 et §8[764]). Le Code wallon permet une prolongation des mesures jusque 23 ans (art. 78, §3, 1°) et l'ordonnance bruxelloise maintient une possibilité de prolongation jusqu'à 20 ans (art. 110, §§2-4).

---

763 L'art. 37, § 3, al. 2, 1° et 2° de la loi du 8 avril 1965 prévoit que :
1° à la requête de l'intéressé ou, en cas de mauvaise conduite persistante ou de comportement dangereux de l'intéressé, sur réquisition du ministère public, une prolongation de ces mesures peut être ordonnée, par jugement, pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra l'âge de vingt ans. Le tribunal est saisi de la requête ou de la réquisition dans les trois mois précédant le jour de la majorité e l'intéressé ;
2°Ces mesures pourront être ordonnées par jugement pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra vingt ans, lorsqu'il s'agit de personnes qui ont commis un fait qualifié infraction après l'âge de 16 ans.

764 L'entrée en vigueur de ces dispositions a été reportée au 1er septembre 2022.

Cette prolongation des mesures protectionnelles au-delà de la majorité ne soustrait en aucune manière le jeune au système pénal pour les faits qu'il aurait commis à partir du jour de ses 18 ans. Il n'est dès lors pas exclu qu'un jeune majeur dépende encore d'un juge de la jeunesse alors qu'il a déjà été condamné par une juridiction répressive en tant que majeur.

d) Les mesures de garde, de préservation ou d'éducation

La loi du 8 avril 1965 énumère l'ensemble des mesures de garde, de préservation ou d'éducation qui peuvent être prises à l'encontre d'un mineur. Avec le temps, le panel de ces mesures s'est très largement diversifié, et tout particulièrement à travers les lois du 15 mai 2006 et du 13 juin 2006[765].

Les mesures applicables aux jeunes ayant commis un fait qualifié infraction restent dans les grandes lignes identiques dans le nouveau décret flamand, le Code wallon et l'ordonnance bruxelloise. Elles divergent cependant sensiblement en ce qui concerne leurs conditions d'application et leur durée[766].

1. Les mesures relevant de la compétence du parquet

Outre ses compétences en matière de classement sans suite et de saisine du tribunal de la jeunesse, le procureur du Roi se voit attribuer la compétence de prendre les mesures suivantes :

- La proposition de stage parental [767] ;
- L'avertissement écrit et le rappel à la loi [768] ;
- La proposition de médiation[769].

Il s'agit là de modalités susceptibles d'accompagner un classement sans suite[770].

2. Les mesures relevant de la compétence du tribunal de la jeunesse

---

765 Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1467/001, p. 5. On a même pu dire que "c'est peut-être la principale finalité visible de cette réforme".

766 Par souci de lisibilité et de concision, l'ensemble des mesures prévues par ces différents textes ne seront pas reprises in extenso. Pour le détail de celles-ci, il peut être renvoyé au cours de Droit de la protection de la jeunesse. Sur cette question, voy., également, H. BELGUENANI et X. VANDERSMISSEN, « Les conditions de placement en insitution publique de protection de la jeunesse (IPPJ) », in *X., Les jeunes et le droit. Approche pluridisciplinaire*, Anthémis, Limal, 2017, pp. 225 et s. ; S. BERBUTO, « Les mesures applicables aux mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction (nouvelles mesures applicables ; critères de choix ; l'absence de gradation ; motivation des décisions judiciaires) », in *X., Protection de la jeunesse. Les défis d'une réforme*, Larcier, Bruxelles, pp. 107 et s. ; P. RANS, « Les mesures de garde et d'éducation pour les mineurs poursuivis du chef d'un fait qualifié infraction », in *X., Le code de l'aide et de la protection de la jeunesse. Connaître et analyser les changements*, *op. cit.*, pp 163 et s. et C. MOREAU et Th. MOREAU, « L'exécution des mesures d'aide et de protection de la jeunesse en Communauté française », *op. cit.*, pp. 341 et s.

767 Cette possibilité prévue à l'article 45*bis* de la loi du 8 avril 1965 a disparu des nouveaux textes communautaires. Elle n'aura par ailleurs, jamais été mise en œuvre.

768 Voir article 45*ter* de la loi du 8 avril 1965, repris aux articles 9 et 10 du Décret flamand, 95 et 96 du Code wallon et 23 à 25 de l'Ordonnance bruxelloise.

769 Voir article 45*quater* de la loi du 8 avril 1965, repris aux articles 12 du Décret flamand, 97 du Code wallon et 26 à 32 de l'Ordonnance bruxelloise.

770 Il est à noter que le Décret flamand prévoit également la mise en place d'une mesure de probation (article art. 11) et que l'Ordonnance bruxelloise crée une possibilité de soutien à la parentalité (art. 33).

La loi du 8 avril 1965 énumère les différentes mesures susceptibles d'être ordonnées par le tribunal de la jeunesse.

2.1. Les mesures extrajudiciaires[771]

- La médiation
- La concertation restauratrice en groupe[772]

L'existence d'une procédure de médiation ou d'une concertation restauratrice en groupe ainsi que son aboutissement éventuel obligent le tribunal de la jeunesse à en tenir compte dans sa décision[773]. Elle ne met donc pas fin à la procédure.

2.2. Le projet écrit du jeune[774]

Le projet écrit proposé par le mineur doit également être considéré avant qu'une autre mesure puisse être imposée. Contrairement aux deux offres restauratrices, l'exécution de ce projet écrit, met fin à la procédure si son exécution semble satisfaisante.

2.3. Les mesures de garde, de préservation et d'éducation *sensu stricto*

Les mesures de garde, de préservation et d'éducation peuvent[775] être imposées par le tribunal sans l'accord du mineur et peuvent être ordonnées de manière cumulative[776].

Parmi la panoplie de mesures à sa disposition, le tribunal doit avoir égard à un ordre de priorité établi en fonction de la gravité de la mesure. Partant, le maintien dans le milieu de vie doit être privilégié par rapport au placement, de même que le placement en régime ouvert doit être préféré au placement en milieu fermé[777]. Ce principe de subsidiarité est également prévu par les différents textes communautaires.

Ces mesures peuvent être détaillées de la manière suivante :

---

771 Ces deux mesures prévues par l'article 37*bis* de la loi du 8 avril 1965 sont reprises sous le vocable Offres réparatrices dans les trois textes communautaires (voir article 22 du Décret flamand, les articles 115 et suivants du Code wallon et les articles 50 et suivants de l'Ordonnance bruxelloise).

772 Ces offres restauratrices doivent être privilégiées par le Tribunal de la jeunesse, et ce non seulement dans objectif de réparation du préjudice subi par la victime mais également de restauration du lien et de la communication. Ces mesures supposent que la ou les victimes des faits qualifiés infractions dont le mineur est suspecté aient été identifiées. La loi encadre ces deux mesures de conditions strictes et d'une procédure claire dans le cadre de laquelle le mineur prend une part active et doit marquer son accord.

773 Article 37quinquies, §§ 2 et 3 de la loi du 8 avril 1965 repris aux articles 22, §10 du Décret flamand, 117, §1er, al. 6 du Code wallon et 55, al. 2 de l'Ordonnance bruxelloise.

774 Article 37, §2, al. 3 et §2ter de la loi du 8 avril 1965, repris par les 33 du Décret flamand, 118 du Code wallon et 56 de l'Ordonnance bruxelloise.

775 Le tribunal de la jeunesse n'a aucune obligation de prendre un ou plusieurs mesures à l'encontre d'un mineur. Toutes les mesures sont facultatives. (voy. M. PREUMONT, *Mémento du droit de la jeunesse 2019*, *op. cit*., p. 203).

776 La Cour constitutionnelle a considéré que, vu que chaque mesure, considérée séparément, doit être réputée avoir été prise dans l'intérêt du mineur et être motivée, « il n'y a pas de raison d'admettre qu'un éventuel cumul de mesures ne servirait pas l'intérêt du mineur » (C.C., 13 mars 2008, n° 49/2008, considérant B.15.2).

777 Th. MOREAU, « La réforme de la protection de la jeunesse », *op. cit.*, p. 18 : « Les auteurs de la réforme ont ainsi expressément affirmé qu'il existait une hiérarchie entre les mesures, certaines étant plus 'graves' que d'autres ». Cette hiérarchie n'est cependant pas fonction de la gravité des faits mais des objectifs assignés à la mesure.

- Les mesures impliquant le maintien du mineur dans son milieu de vie[778] :
  - La réprimande ;
  - La surveillance ;
  - L'accompagnement éducatif intensif ;
  - Les prestations éducatives et d'intérêt général ;
  - Le traitement ambulatoire.

- Les mesures impliquant un éloignement du mineur de son milieu de vie[779] :

  - Le placement auprès d'une personne morale proposant l'encadrement ou la réalisation d'une prestation consistant en une formation ou en la participation à une activité organisée ;
  - Le placement chez une personne digne de confiance ou dans un établissement approprié ;
  - Le placement dans une institution communautaire publique de protection de la jeunesse (IPPJ) (dans le respect des critères visées à l'art. 37, § 2*quater* et en précisant si le régime éducatif ouvert ou fermé) ;
  - Le placement dans un service hospitalier ;
  - Le placement résidentiel dans un service compétent en matière d'alcoolisme, de toxicomanie ou de toute autre dépendance ;
  - Le placement résidentiel dans une section ouverte ou fermée d'un service pédopsychiatrique en application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, conformément à l'article 43.

2.4. La durée des mesures

778 Les mesures impliquant le maintien du jeune dans son milieu de vie inscrites à l'articles 37, §2 de la loi du 8 avril 1965 sont reprises aux articles 31 à 34 du Décret flamand, 119 à 121 du Code wallon et 77, al. 3, 1°-10° de l'Ordonnance bruxelloise. Il est à noter que l'Ordonnance bruxelloise prévoir également la possibilité d'ordonner la réalisation d'un certain nombre d'heures de travail rémunéré (permettant l'indemnisation des éventuelles victimes).

779 Les mesures impliquant l'éloignement du jeune de son milieu de vie sont énumérées à l'article 37 de la loi du 8 avril 1965 et reprises aux articles 20 et 35 à 37 du Décret flamand, 122 à 124 du Code wallon et 64 et 77 de l'Ordonnance bruxelloise. Si le type de mesures d'éloignement reste globalement de même nature des différences notables sont à souligner entre les trois textes adoptés par les entités fédérées. Ainsi, le décret flamand fait quasiment disparaitre le placement en IPPJ en régime ouvert au profit du placement en régime fermé. Il rallonge également sensiblement les durées de placement et instaure une possibilité de placement jusqu'à 25 ans ainsi qu'une mise à disposition du tribunal de la jeunesse. Ces dispositions ne sont toutefois pas encore entrées en vigueur, celle-ci ayant été reportée au 1er septembre 2022 par le Décret de la Communauté flamande du 24 septembre 2019 modifiant la loi du 8 avril 1965 Du côté wallon, la tendance est plutôt à l'assouplissement dans la mesure où le texte prévoit explicitement l'exclusion des jeunes souffrant d'un handicap mental ou d'un trouble mental du placement en IIPJ et rehausse l'âge minimum pour le placement en IPPJ, régime ouvert, de 12 à 14 ans tout en durcissant les conditions d'application du placement, qu'il s'agisse d'un placement en régime ouvert ou fermé. L'Ordonnance bruxelloise va également dans le sens d'un durcissement des conditions de placement en IPPJ dans la mesure où elle exclu toute une série de faits qualifiés infraction du champ du placement en régime ouvert et rehausse également l'âge minimum du placement en régime ouvert de 12 à 14 ans. L'ordonnance bruxelloise est cependant la seule à maintenir une possibilité de placement avec sursis, laquelle a totalement disparu des textes wallon et flamand.

En règle générale, à l'exception de la réprimande, les mesures de garde, de préservation et d'éducation sont décidées pour une durée déterminée et doivent être réexaminées en vue d'être confirmées, rapportées ou modifiées avant l'expiration du délai d'un an[780].

Cependant, en cas de placement d'un mineur dans une institution communautaire publique de protection de la jeunesse, la mesure de placement doit être réexaminée dans un délai plus court. Ce délai était fixé à six mois dans la loi du 8 avril 1965 mais, tant les délais de révision que les conditions de prolongation de ces mesures de placement, font maintenant l'objet de dispositions très divergentes d'une communauté à l'autre[781].

En ce qui concerne les mesures de protection dans un service psychiatrique, leur durée et les procédures susceptibles d'y mettre fin varient selon le cas. La mesure de mise en observation ne peut dépasser quarante jours, mais peut prendre fin avant l'expiration de ce délai sur décision du tribunal de la jeunesse, du procureur du Roi ou du médecin-chef du service. La mesure de maintien, quant à elle, est fixée par le tribunal de la jeunesse et ne peut dépasser deux ans.

Cette mesure peut cependant être renouvelée pour une même durée. En revanche, elle peut prendre fin, avant ce délai, sur décision du médecin-chef du service ou du tribunal de la jeunesse. Le tribunal de la jeunesse a dorénavant l'obligation de procéder tous les six mois au moins à la révision de la décision de maintien d'un mineur (art. 22, al. 6 de la loi du 26 juin 1990). Par ailleurs, la décision du médecin-chef de service de lever la mesure d'observation ou de maintien n'est exécutée qu'après un délai de cinq jours ouvrables à compter du jour où le tribunal de la jeunesse en est informé, délai dans lequel le tribunal statue sur toute autre mesure qu'il juge utile[782].

4. L'erreur et l'ignorance invincibles

L'erreur et l'ignorance invincibles sont des causes de non-imputabilité qui affectent la conscience qu'a le sujet de commettre une infraction. C'est, dans le chef de l'agent, l'exercice de sa faculté de *connaître* la portée exacte des actes qu'il pose qui est affectée. L'auteur commet une infraction sans le savoir, par défaut d'information ou erreur d'appréciation.

Dans certains cas, l'erreur ou l'ignorance peuvent donc constituer une cause de non-imputabilité. La différence entre l'erreur et l'ignorance est une question de degré : l'ignorance est l'absence de tout notion, tandis que l'erreur résulte d'une mauvaise information et « est une notion fausse sur une question donnée »[783]. Pour le surplus, elles répondent aux mêmes conditions et entraînent les mêmes conséquences.

L'erreur ou l'ignorance peuvent être *de fait* (au cours d'une partie de chasse, je crois tirer sur un animal, alors qu'il s'agit d'un être humain) ou *de droit* (je vole une chose dont je croyais être propriétaire). La portée de la distinction n'est plus essentielle dès lors que la Cour de

---

780 Article 60, al. 4 de la loi du 8 mai 1965, repris aux articles 16, §2, al. 5 du Décret flamand, 43, §1er du Code wallon et 15, §2 de l'Ordonnance bruxelloise. Il est à noter que le point de départ de ce délai d'un an varie d'un texte à l'autre. Pour de plus amples développements, il est renvoyé au cours de Droit de la protection de la jeunesse.

781 À cet égard, il est renvoyé au cours de Droit de la protection de la jeunesse.

782 Art. 43, al. 2 de la loi du 8 avril 1965 auquel fait référence l'article 39 du Décret flamand et repris aux articles 123, al. 4 du Code wallon et 82, §1er, al.2 de l'Ordonnance bruxelloise.

783 A. PRINS, Science pénale et droit positif, op. cit., p. 265; P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit., p. 399.

cassation, depuis un arrêt du 10 juillet 1946, a admis l'erreur de droit aux mêmes conditions que l'erreur de fait[784].

Pour pouvoir être invoquée comme cause de non-imputabilité, l'erreur ou l'ignorance doit être *invincible*, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une erreur que « tout homme raisonnable et prudent eût commise »[785].

Le caractère invincible est de l'appréciation du juge de fond. On notera ici que la jurisprudence place la barre assez haut dans l'appréciation du caractère invincible de l'erreur. Si l'auteur porte la moindre responsabilité coupable à l'origine de l'erreur ou de l'ignorance, on retiendra une erreur ou ignorance fautive qui engage la responsabilité[786].

Une illustration récente peut être trouvée dans un arrêt du 22 décembre 2021 de la Cour de cassation. Celle-ci commence par rappeler que « l'erreur constitutive d'une cause de justification est celle que tout homme raisonnable et prudent aurait pu commettre en étant placé dans les mêmes circonstances que celles où le prévenu s'est trouvé. L'erreur invincible profite à l'auteur de l'infraction à condition de porter sur un de ses éléments constitutifs, telle la volonté de commettre une action dont on sait la criminalité. Le juge ne peut renverser la présomption de connaissance de la loi que sur le fondement d'un fait apte à créer la conviction erronée d'agir conformément à celle-ci ». Dans cette affaire, les tenanciers d'un salon de prostitution contestaient leur condamnation du chef de proxénétisme en invoquant le fait que l'administration communale les avait laissés exercer leur commerce, notamment en leur octroyant un permis d'urbanisme et un certificat de conformité, mais aussi parce que les textes et règlements communaux visaient expressément l'exploitation des salons de prostitution. Ils invoquaient l'erreur en droit dès lors qu'il est difficile de croire que la loi incrimine une activité ainsi réglée et encadrée par l'administration communale. La Cour ne fera pas droit à l'argumentation des tenanciers, considérant qu'on ne peut déduire du fait que l'autorité communale soumette la prostitution en vitrine à des normes urbanistiques ou sanitaires que le tenancier de l'établissement est affranchi de la responsabilité pénale associée au profit qu'il en tire ; quant aux textes, elle indique que la loi fiscale ne se préoccupe pas du caractère licite ou illicite de la matière imposable[787].

---

784 Cass., 10 juillet 1946, *Pas.*, I, p. 293. On ne saurait évidemment en déduire l'abandon pur et simple du principe "nul n'est censé ignorer la loi". A cet égard, *cf.* notamment Corr. Namur, 9 mars 1984, *R.R.D.*, 1985, p. 292 : « Sauf dans des cas tout à fait exceptionnels – où, en raison de la prolifération de textes législatifs incohérents, il est pratiquement impossible aux justiciables de connaître l'existence de l'ensemble des dispositions qui régissent certaines matières –, il s'impose que le tribunal maintienne intangible le principe *nemo jus ignorare censetur* au risque d'ouvrir la voie à tous les abus qu'entraîne inévitablement une application incertaine et arbitraire de la loi »'.

785 *Cf.* notamment Cass., 23 janvier 1950, *Pas.*, I, p. 348 ; Cass., 6 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 37 ; Cass., 29 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 355 ; Cass., 24 janvier 1977, *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, p. 607, note H.-D. BOSLY ; Cass., 7 décembre 1977, *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 340 ; Cass., 17 mai 1978, *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 788 ; Cass., 13 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1260 ; Cass., 23 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 560 ; Cass., 10 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 446 ; Cass., 14 janvier 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 375 ; Cass., 19 mai 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 675 ; Cass., 15 novembre 1988, *Pas.*, I, p. 276 ; Bruxelles, 7 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, n° 19, p. 674 ; Cass., 31 octobre 1994, *Pas.*, I, p. 879 ; Bruxelles, 12 janvier 1995, *Journ. proc.*, n° 278, 3 mars 1995, p. 30; Cass., 8 janvier 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 1166 ; Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 697 ; Bruxelles, 4 septembre 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1082 ; Cass., 29 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 231 ; Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, p. 725, note F. GLANSDORFF, "erreur invincible ou croyance légitime"; CASS., 16 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 29; Anvers, 28 février 2002, *AM*, 2002, p. 340; Cass., 29 mai 2002; Cass., 1er octobre 2002, *RABG*, 2003, p. 798, note L. DELBROUCK; Liège, 13 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1756; Cass., 8 février 2008 ; Cass., 9 novembre 2021, P.21.0962.N. https://juportal.be/.

786 Cass., 16 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 2025.

787 Cass., 22 décembre 2021, RG P.21.1311.F.

5. La contrainte (ou force irrésistible) (art. 71 CP)

Cette cause spécifique de non-imputabilité est prévue par l'article 71 du Code pénal qui dispose :

> « Il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu... a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ».

Elle s'applique à toutes les infractions, même non intentionnelles[788].

La contrainte est « un événement indépendant de la volonté de l'homme qu'il ne pouvait ni prévoir ni conjurer »[789] qui *détruit la volonté de l'agent*, en le poussant irrésistiblement à poser l'acte matériel incriminé par la loi.

La contrainte peut être *physique* : l'agent est placé dans l'impossibilité matérielle d'éviter l'infraction (une crevaison subite d'un pneu amène le conducteur d'une voiture à transgresser le Code de la route).

> « En vertu de l'art. 71 du Code pénal, une infraction n'est punissable que si le prévenu était en pleine possession de ses facultés mentales au moment des faits, ce qui signifie qu'il doit à tout le moins être capable de discernement pour pouvoir être condamné pénalement. Tel n'est pas le cas s'il résulte du rapport médical que le prévenu fut victime d'un malaise (une attaque d'épilepsie) lui ayant fait perdre pendant quelques instants le contrôle de son véhicule. La déchéance du droit de conduire pour incapacité physique pour une durée indéterminée doit néanmoins être prononcée en vertu de l'art. 42 de la loi sur la circulation routière, s'agissant d'une mesure de sûreté, dès lors que le rapport médical fait apparaître que le prévenu ne possède plus les capacités physiques et psychologiques requises ni l'habileté nécessaire pour la conduite d'un véhicule automoteur »[790].

Mais la contrainte peut également être *morale* : l'agent est ici psychologiquement poussé d'une manière irrésistible à commettre une infraction, en raison de la crainte d'un mal à la fois grave, imminent et injuste[791].

---

788 Cass., 4 février 1998, *Pas.*, I, p. 62.

789 Cass., 20 mars 2001, *R.W.,* 2003-2004, p. 196 *;* Cass., 22 mars 2002, *Dr. circ.*, 2002, p. 422; C. trav. Bruxelles, 17 février 2003, *Bull. ass*., p. 541, note L. VAN GOSSUM; Civ. Bruxelles (réf.), 27 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 568.

790 Pol. Bruxelles (fr.), 3 mars 2021, *C.R.A*., 2021, n° 3, p. 81.

791 Ainsi, la contrainte morale a-t-elle été retenue à l'égard d'un joueur de football ayant commis un "doigt d'honneur" en réponse aux provocations racistes des supporters du club adverse, au motif que les injures et comportements racistes "sont de nature à provoquer en lui une telle révolte que celle-ci doit être assimilée à la contrainte morale justifiant des troubles momentanés et fortuits du comportement qui ont pu le priver temporairement du contrôle de ses actes" (Pol. Verviers, 9 octobre 2008, *J.L.M.B*, 2008, n° 35, pp. 1578 et s.) En revanche, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un prévenu qui justifiait avoir été contraint moralement de tuer sa victime pour échapper à sa violence au motif qu'il pouvait neutraliser son adversaire sans le tuer et prendre la fuite, plutôt que de s'acharner sur la victime en lui portant une dizaine de coups de couteau ((Cass., 31 octobre 2007, *Pas*., 2007, p. 1920). *Cf.* également Liège, 24 juin 1981, *J.L.*, 1981, p. 277, qui considéra, par contre, que la personne victime d'une invasion de son domicile par des manifestants menaçants et qui tire plusieurs coups de feu en l'air peut invoquer une contrainte morale parce que "l'agression dont il était l'objet... ne visait pas seulement des biens, mais était hautement périlleuse pour les personnes" et qu'« il était démuni de tout autre moyen de défense efficace à l'encontre des violences dont il était la cible ».

La contrainte doit être *totale*, c'est-à-dire supprimer complètement la liberté de l'agent, et pas seulement l'amoindrir[792] sous la forme de difficultés, même considérables, à respecter la loi[793]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le caractère « irrésistible » de la contrainte. L'appréciation de cette irrésistibilité doit cependant se faire *in concreto* en tenant compte de la psychologie personnelle de l'agent[794] et de ses capacités de résistance à la contrainte.

La contrainte doit encore trouver sa source dans un événement extérieur[795] ou indépendant de la volonté et, a fortiori, de la faute de l'agent. En ce sens, on dira aussi qu'elle doit être « imprévisible », dans la mesure où, lorsqu'elle a pu être prévue, la volonté de l'agent est censée avoir pu la conjurer[796].

On ajoute parfois, enfin, que la contrainte doit être *antérieure*, ou concomitante, aux faits reprochés[797], et non postérieure à ceux-ci[798].

6. Le trouble momentané de discernement

Est envisagé ici le cas où l'agent est susceptible d'avoir *momentanément perdu tout discernement* lors de l'accomplissement de l'infraction. Il agit sous le coup de l'ivresse complète, dans une crise de somnambulisme, sous l'effet d'une intoxication par stupéfiants, par excès de fatigue, etc.

---

792 Cass., 21 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1982, p. 139 ; Mons, 18 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 987 ; Cass., 31 octobre 2007. Comme le précise un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, c'est cette absence totale de volonté qui différencie la contrainte de l'état de nécessité qui implique un choix délibéré entre deux valeurs (Bruxelles, 4 septembre 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1082).

793 Cass., 12 octobre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 8 ; Cass., 15 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 346 ; Cass., 22 décembre 1981, *Pas.*, 1982, p. 548 ; Corr. Neufchâteau, 5 octobre 1983, *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, p. 270 ; Cass., 16 février 2011, *Pas*., 2011, n° 138, concernant un corbillard circulant sur l'autoroute à une vitesse inférieure à celle autorisée par la loi : "la contrainte morale visée à l'article 71 du Code pénal suppose non seulement que la volonté de l'agent ait été amoindrie par une force extérieure à laquelle il n'a pu résister, mais encore que son libre arbitre ait été de ce fait annihilé. La volonté de respecter de simples règles de convenance ne peut constituer une telle cause de justification". La Cour précise à cette occasion que le juge du fond apprécie souverainement si un comportement est justifié par la contrainte.

794 *Cf.* notamment Cass., 26 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1002 qui décida que, si "la menace doit s'entendre de tout moyen de contrainte morale par la crainte d'un mal imminent", "il faut considérer comme tel le mal contre lequel, tout au moins *dans la pensée de la personne menacée*, celle-ci ne peut se prémunir"; C. trav. Bruxelles, 17 février 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 541, note L. VAN GOSSUM, qui précise que la force majeure doit être appréciée concrètement, en tenant compte des réactions humaines habituellement rencontrées en fonction de l'âge et de l'expérience pour surmonter l'obstacle, et non dans l'absolu et avec une perception abstraite.

795 Cour mil., 17 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 1049 qui a décidé que tel n'est pas le cas lorsqu'on veut lier une dispense de service militaire à une conviction religieuse qui est "le résultat d'un choix libre, volontaire et persistant, dont on connaît les conséquences". *Cf.* également Gand, 20 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 35, qui a jugé que le choix d'une conception de vie n'est pas un fait extérieur qui supprime la liberté d'agir, et Gand, 17 janvier 2008, *T. Strafr*., 2008, p. 114, concernant le refus de siéger dans un bureau de vote.

796 *Cf.* notamment Cass., 6 mars 1934, *Pas.*, I, p. 207; Cass., 25 juin 1956, *Pas.*, I, p. 1176; Cass., 15 décembre 1969, *Pas.*, I, p. 346; Corr. Charleroi, 4 janvier 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 135; Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, I, p. 584; Bruxelles, 2 septembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 575; Corr. Namur, 3 février 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 692; Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, II, p. 264; Gand, 10 mai 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 258; Cass., 20 mars 2001, *Pas.*, 2001, n° 146; Cass., 22 mars 2002, *Pas.*, 2002, n° 193.

797 Mons, 18 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 987.

798 Cass., 8 avril 1941, *Pas.*, I, p. 139.

Pour être invoqué comme cause de non-imputabilité et faire disparaître l'infraction pour son auteur, le trouble momentané de discernement doit être *total*[799], sans quoi il ne saurait entraîner au plus que l'admission de circonstances atténuantes[800].

Le trouble, ensuite, ne peut résulter de la *volonté*, fautive ou non, de l'agent lui-même. La Cour de cassation a notamment fait application de ce principe en matière d'ivresse alcoolique[801], en décidant que l'état d'ivresse ne pouvait valoir comme cause de non-imputabilité si l'agent l'avait volontairement provoqué. Par voie de conséquence, il doit avoir également un caractère *imprévisible*, principe qui a été notamment appliqué à une perte de connaissance due à un excès de fatigue[802] ou à un malaise au volant[803].

B. L'état d'esprit

L'exigence d'un état d'esprit coupable ou en droit anglo-saxon *mens rea* remplit une fonction dans la construction de la doctrine du crime, à savoir limiter l'emprise du droit pénal à certains actes, soit intentionnels, soit imprudents ou négligents. Nous examinerons, successivement, la question du dol et celle du défaut de prévoyance et de précaution qui introduisent à la distinction, en droit positif, entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles, ainsi que le cas où l'infraction existe indépendamment de tout état d'esprit spécifique distinct de l'imputabilité morale, infraction qu'on qualifie de contraventionnelle ou réglementaire.

1. Le dol

a) Notion

Le terme de dol est hérité du droit romain. Étymologiquement, il signifie « ruse ». Il réside dans l'intention ou la résolution criminelle de l'agent, état d'esprit dont l'existence est requise pour les infractions dites volontaires ou intentionnelles. Le dol est un élément intrinsèque de l'infraction qui se distingue du mobile, lequel est une raison personnelle d'agir, en principe, indifférente au droit pénal[804]. Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence distinguent deux formes principales de dol : le dol général et le dol spécial.

Le dol *général*, aussi qualifié de dol simple ou d'intention coupable non autrement précisée[805], est défini comme « la volonté de commettre l'acte interdit ou d'omettre l'acte prescrit par la loi »[806]. Selon une partie de la doctrine, il serait exigé pour tous les délits et les crimes à moins

---

799 A cet égard, *cf.* notamment Cass., 13 février 2002, qui rappelle que la notion d'« état d'ivresse » visée à l'article 35, § 1er, des lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière doit être entendue dans son sens usuel et vise « l'état d'une personne qui n'a plus le contrôle permanent de ses actes, sans qu'il soit requis qu'elle ait perdu la conscience de ceux-ci ».

800 Cf. notamment P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, op. cit., p. 391.

801 Cass., 14 octobre 1975, *Pas.*, I, p. 186 ; Cass., 22 mars 1989, *Pas.*, I, p. 764.

802 Pol. Wavre, 5 novembre 1985, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11148.

803 Pol. Saint-Nicolas, 26 mars 1997, *T.A.V.W.*, 1997, p. 206.

804 Relevons cependant deux tempéraments importants aux articles 377*ter* et 405*quater* du Code pénal.

805 *Cf.* notamment Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd. *op. cit.*, p. 320, n° 349 ; J. VERHAEGEN, "Faute consciente ou intention coupable? La ligne de partage", *J.T.*, 2001, pp. 305 et s.

806 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 377. *Cf.* également J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2e éd., *op. cit.*, p. 209, qui définit le dol général comme "la volonté de commettre une action dont on connaît la criminalité"; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd.,

que la loi en ait décidé autrement (en retenant le défaut de prévoyance et de précaution) et pour certaines contraventions où la loi l'a prévu de manière formelle[807].

Le dol *spécial* correspond à une intention qualifiée, plus précise que le dol général, telle que l'intention de nuire[808], l'intention frauduleuse[809], la méchanceté[810], etc. Il n'est exigé que lorsque la loi le prévoit formellement ou lorsque cette exigence découle de la nature même de l'infraction[811]. Il est alors un élément constitutif de l'infraction.

La doctrine distingue, en outre, par rapport au résultat de l'intention, différentes modalités du dol. Le dol *direct* – qui peut être déterminé ou indéterminé[812] – : l'intention a directement pour objet l'infraction commise et le dol *indirect*[813], ou éventuel : les conséquences de l'acte ont dépassé l'intention de l'auteur qui aurait cependant pu ou dû les prévoir[814].

---

op. cit., p. 320, n° 349, qui le définissent comme le fait que l'agent réalise une infraction "en pleine connaissance des éléments de l'acte commis et en voulant ou tout au moins en acceptant leur réalisation"; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, *La loi pénale*, 2e éd., *op. cit.*, p. 229, qui évoque "l'intention de réaliser, en connaissance de cause, l'acte interdit ou l'abstention coupable et ses éventuelles conséquences illicites", L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERGH, "L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction: tentative de clarification des notions", *Questions spéciales en droit pénal*, sous la direction de Ch. GUILLAIN, P. JADOUL et J.-Fr. GERMAIN, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 66, qui parlent d'élément fautif consistant "dans la circonstance que l'agent a délibérément violé le prescrit légal agissant en connaissance de l'illégalité du comportement adopté". Et dans la jurisprudence, le dol général est défini comme le fait d'avoir "agi sciemment et volontairement" : Cass., 1er décembre 2010, *Rev. Dr. pen. crim*., p.330 ; Cass., 3 mai 2016 : lorsque l'élément du culpabilité d'une infraction consiste en l'intention, à savoir le fait de prendre sciemment et volontairement part à un agissement punissable, le juge peut déduire l'existence de cette intention du fait matériel commis par l'auteur et de la constatation que ce fait peut lui être imputé, étant entendu que l'auteur est mis hors cause s'il rend quelque peu plausible une cause de justification, une cause exclusive de faute ou une cause de non imputabilité (Cass., 3 mai 2016, *Pas*., 2016, n° 295; *N.C*., 2017, p.363, note J. DE GROOTE).

807 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, 2e éd., *op. cit.*, p. 206; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., *op. cit.*, p. 319, n° 347.

808 *Cf.* notamment Cass., 16 janvier 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 788.

809 Cass., 25 juin 2008 ; Cass., 3 septembre 2008 ; Cass., 3 septembre 2008; Corr. Charleroi, 9 novembre 2009, *Chr. D.S.*, 2011, p. 291 (obs. Ch.-E. CLESSE), et Corr. Bruxelles, 25 janvier 2012, *Dr. pén. entr.*, 2012, p. 119.

810 Voy. les art. 406 et 443 du Code pénal.

811 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 379 ; Fr. ROGGEN, « Les dispositions pénales de la loi sur les faillites du 8 août 1997 », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 410 ; Cass., 13 mars 2012, *Pas*., 2012, n° 164. Cette notion de dol spécial reposant sur une base légale claire est reprise par la proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal, cf. 811 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAYMANS), « Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal », La Charte, *Les dossiers de la Rev. dr. pén.* crim., 2016, n°24, pp. 2 et 46-47.

812 Cette distinction se retrouve dans l'article 392 du Code pénal. Voy. à ce propos, A. DELANNAY, "Les homicides et lésions corporelles volontaires", *op. cit.*, n° 22.

813 J. VERHAEGEN, "Le dol éventuel et sa place en droit pénal belge", *Liber amicorum H. Bekaert*, *op. cit.*, pp. 437 et s. ; cass., cour d'appel de Liège (18 e ch. corr.), 13 mars 2017, Obs. S. DELANNAY, Tentative et dol éventuel : une occasion manquée de « déminer un colis piégé » ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p.344-359 : il y a tentative d'assassinat lorsque l'auteur de l'envoi d'un colis piégé destiné à exploser lors de l'ouverture avec pour objectif de blesser les futures victimes aux mains, mais sans aucune garantie que l'ouverture suivrait précisément le scénario qu'il avait conçu, atteint ainsi un tiers en des endroits vitaux du corps. L'auteur a de la sorte commis un acte dont les conséquences normales, prévisibles et connues, qu'il a ainsi nécessairement acceptées, pouvaient être fatales, ce qui correspond à la notion de dol éventuel. Lire aussi F. KUTY, « La notion de dol éventuel et son application à la tentative punissable », *J.T.*, 2018, N°6729, pp. 369-374.

814 Voy. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, n° 2424, p. 381; Fr. TULKENS, "Acteur social et création de la loi. Les coups et blessures volontaires: approche historique et critique", *Panopticon*, 1990, pp. 317 et s. *Cf.* aussi Cass., 22 octobre 2008, *J.T.*, 2009, n° 6364, pp. 561 et s., et note O. MICHIELS, « Les

b) Le dol général : une notion controversée

Le dol général est une notion controversée. Il est vrai que le Code pénal de 1867 ne prévoit pas la notion de dol général. On peut également questionner son double emploi potentiel avec l'imputabilité. Ce double emploi est inexistant si l'on identifie la notion d'imputabilité avec la capacité pénale. Si, en revanche, on englobe dans cette notion la capacité pénale de l'agent et l'exercice concret de ses facultés au moment de l'infraction, le concept de dol général semble perdre une grande part de son contenu[815]. En d'autres termes, il semble que l'absence de dol général se ramène à l'existence d'une cause de non-imputabilité relative à l'exercice concret par l'agent de ses facultés de vouloir ou de connaître : ignorance ou erreur, contrainte ou trouble momentané du discernement[816].

La question de la preuve du dol général soulève également certaines difficultés. Si les partisans de la théorie du dol général affirment que « ces éléments du dol sont des actes internes qui ont besoin d'être constatés aussi bien que les faits extérieurs dont ils ont été la cause » et qu'en ce sens « la culpabilité ne se présume point »[817], ils ajoutent cependant aussitôt que "dans un grand nombre de cas, l'exécution du fait délictueux suffit seule pour produire dans l'esprit du juge la conviction de la culpabilité de l'agent. *Res ipsa in se dolum habet*[818]. Sans doute est-il exact que "ces conclusions ne seront jamais reçues de façon automatique" et "restent essentiellement fonction des circonstances de fait qui peuvent renverser la présomption[819]. Il n'en apparaît pas moins que le dol peut ainsi être présumé à partir de la matérialité des faits et qu'une telle présomption ne pourra être renversée que par l'invocation d'une cause de non-imputabilité[820].

La commission pour la révision du Code pénal, dans son rapport de 1979, avait abordé le dol général et deux écoles s'étaient affrontées[821] : l'une estimant que la notion de dol général avait été implicitement admise dans les travaux préparatoires du Code pénal (ce qui implique une

---

interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions » ; Corr. Verviers, 27 février 2008, *J.T.*, 2008, pp. 493 et s., et obs. O. MICHIELS, « Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol *praeter*-intentionnel quand il y a mort d'homme » ; Cass., 19 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2012, p. 150, et note F. KUTY, « L'élément moral de l'infraction de coups et blessures volontaires ».

815 Cass., 15 juin 1982, *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, p. 317 ; Bruxelles, 4 janvier 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 753 ; Corr. Tournai, 16 février 2007, *J.L.M.B.*, 2008, n° 14, pp. 615 et s.. Voy., également, Fr. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions: une controverse obsolète », *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1 et s.

816 Cass., 8 avril 2008, P.08.0006.N.

817 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, 2e éd., *op. cit.*, p. 220.

818 *Ibid.*, p. 221

819 J. VERHAEGEN, "Dol et faute lourde en droit pénal", *Liber amicorum Marc Châtel*, *op. cit.*, p. 461; N.COLETTE-BASECQZ, "Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal", *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 509 et s.

820 Cass., 27 septembre 2005, *R.C.J.B.*, 2009, p. 214, et note F. KUTY : « La consécration d'une faute comme fondement de la responsabilité pénale ».

821 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, p. 54. Voy. W. BROSENS, « L'élément moral dans les infractions et le futur Code pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1979, pp. 407 et s. ; F. GORLE, "Nogmaals over het moreel bestanddeel van het misdrijf", *R.W.*, 1980-1981, col. 90 et s.; A. DE NAUW, "Nieuwe nuttige gegevens voor de strafrechtdogmatiek", *Panopticon*, 1985, pp. 201 et s.; J. MESSINNE et P. VANDERVEEREN, « Réflexions sur l'élément moral de l'infraction. La pratique quotidienne des tribunaux face à l'Avant-projet de Code pénal », *J.T.*, 1987, pp. 185 et s.

volonté de faire ce que la loi pénale défend)[822], l'autre privilégiant le caractère punissable d'une infraction dès lors qu'elle est réalisée matériellement, sauf pour l'agent de s'en justifier. Quant à l'avant-projet de Code pénal, il se fondait, sur la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation, qui ne reconnaît pas l'existence du dol général[823], position défendue par le Commissaire royal R. LEGROS. Pour celui-ci, le dol est une fiction historique propre à la tradition juridique française et belge qui a permis de "contourner" le légalisme extrême issu de la Révolution française qui n'admettait comme cause de justification que la force majeure. Comme toutes les fictions de cette nature, une fois qu'elles ont rempli leur fonction, elles sont appelées à disparaître[824]. Après avoir rappelé que "toute infraction comporte un élément moral ou subjectif : il n'y a pas d'infraction matérielle" (art. 2), *l'Avant-projet* disposait que, "sauf dans les cas où la loi exige, explicitement ou implicitement, mais de manière certaine, une intention spéciale ou dol spécial, l'élément moral commun à toutes les infractions est la faute : il n'y a pas d'infraction sans faute" (art. 3). En quoi consiste la faute ? "Sous réserve des infractions d'imprudence... la faute consiste dans la réalisation de l'infraction sans justification" (art. 4). Les causes de justification sont, dès lors, très logiquement, applicables à toutes les infractions, y compris les contraventions (art. 5).

Cette controverse est traditionnellement rapportée aux courants objectivistes et subjectivistes qui traversent l'histoire du droit pénal. Dans le premier cas, l'élément fondamental de l'incrimination consiste en une atteinte à l'intérêt protégé tandis que, dans le second cas, il consiste dans l'action de l'agent cherchant à porter atteinte à l'intérêt protégé[825]. S'y ajoute également une autre dimension liée à la distinction entre délits naturels et artificiels : la volonté de supprimer "toute différence de nature entre les différentes catégories d'infractions : crimes, délits et contraventions" est présente dans l'affirmation de R. LEGROS selon laquelle "toute infraction est punissable dès qu'elle est réalisée matériellement, sauf pour l'agent de s'en justifier"[826].

Qu'en est-il aujourd'hui ? La Commission pour la réforme du droit pénal[827] a remis en 2016 une proposition d'avant-projet du Livre Ier du Code pénal. Le texte prévoit un article 8 consacré à l'élément fautif faisant manifestement référence au dol général : « Toute infraction requiert l'existence d'un élément fautif dans le chef de son auteur. Suivant les cas déterminés par la loi, cet élément fautif peut consister en : « […] - la volonté délibérée et en connaissance de cause d'adopter le comportement incriminé ; […]»[828]. La constatation d'une faute commise par l'auteur sera nécessaire à l'établissement d'une condamnation pénale[829]. La preuve de l'élément

---

822 *Cf.* Rapport fait à la Commission de la Chambre par J.J. HAUS sur la question de la participation criminelle : « En effet, c'est un principe généralement reconnu que l'intention criminelle (*dolus*) est un élément constitutif de tout *crime* et de tout *délit*, à moins que la loi n'ait puni, par une disposition expresse, la simple faute (*culpa*) » (in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique, op. cit.*, n° 306, p. 134).

823 Cass., 30 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 365.

824 R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, op. cit., p. 85.

825 P.L. BODSON, *Manuel de droit pénal*, *op. cit.*, pp. 153 et s.

826 R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, *op. cit.*, p. 146, n° 171; *Idem*, "Considérations sur quelques arrêts récents concernant l'élément moral dans les infractions", *op. cit.*, p. 16 où l'auteur parle également de "faute infractionnelle non justifiée".

827 Créée le 30 octobre 2015 par arrêté ministériel, elle comprend deux membres à savoir, Damien Vandermeersch, avocat général près la Cour de Cassation, professeur à l'Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis Bruxelles et Joëlle Rozie, professeur à l'Universiteit Antwerpen.

828 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal », *op. cit.*, p.2.

829 *Ibidem*, p.45-46.

fautif (sciemment et délibérément) à charge de la partie poursuivante sera « rapportée lorsqu'il apparaît des faits concrets de la cause que l'agent a décidé librement et consciemment d'adopter le comportement incriminé par la loi[830].

Dans une affaire de tentative de meurtre ayant mené à un arrêt du 6 novembre 2019[831], la Cour de cassation rencontre cette approche, déjà initiée dans deux autres décisions[832]. Le demandeur estimait que la cour d'appel de Liège avait appliqué la théorie du dol éventuel. Après avoir rappelé l'exclusion du dol éventuel pour le régime de la tentative, la Cour a estimé que dans la mesure où l'auteur a eu sciemment l'intention de tuer et que les éléments de volonté et de connaissance exigés par la loi étaient réunis (à savoir : « l'adoption volontaire et en connaissance de cause du comportement interdit, étant entendu que, s'agissant d'une conséquence constitutive de l'infraction, l'auteur a voulu causer cette conséquence ou était conscient que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements »), l'élément fautif de la prévention était établi (peu importe l'erreur de motivation dans la décision entreprise quant au dol spécial). Comme le souligne F. Kuty dans son commentaire de cet arrêt : « S'agissant des infractions dont l'élément matériel est caractérisé par la survenance d'une conséquence déterminée, la faute intentionnelle s'entend comme la volonté de la réaliser et non simplement d'en créer le risque. Il ne suffit pas que le comportement adopté par l'agent mette en danger la valeur sociale ou morale protégée par la loi pénale. Il est encore requis que ce dernier ait eu non seulement conscience de la possibilité de la survenance de la conséquence de son comportement mais encore qu'il en ait recherché la réalisation. Cette faute intentionnelle se démontre par la preuve soit de la volonté du résultat (a voulu causer cette conséquence), soit de la conscience de son caractère inéluctable (était conscient que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements). La charge de la preuve en est ainsi quelque peu allégée »[833]. Il semble donc que l'on parle davantage aujourd'hui d'élément fautif de l'infraction plutôt que d'élément moral[834].

2. Le défaut de prévoyance et de précaution

Dans certains cas, le législateur incrimine le défaut de prévoyance et de précaution en raison des conséquences préjudiciables que ces infractions entraînent notamment pour la vie et l'intégrité physique. Il s'agit notamment des articles 418 à 422 du Code pénal ("De l'homicide et des lésions corporelles involontaires"). Ces infractions, qualifiées de non-intentionnelles, se fondent sur l'imprudence ou la négligence. Trois éléments sont requis : une faute même légère[835] (ce qui pose nécessairement la question de la relation entre la faute pénale et civile)[836]; un dommage, qui est celui prévu par la loi et un lien de causalité. Il faut noter que le comportement de la victime peut être sans incidence sur l'établissement de la prévention[837].

---

830 L'option choisie se rapproche de la notion de volonté de résultat définie par le professeur F. Kuty. Cf. F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, *La loi pénale*, 2e éd., *op. cit.*, p. 229,

831 Cass., 6 novembre 2019, *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, pp. 375-377 et conclusions de D. VANDERMEERSCH, pp. 369-375.

832 Cass., 2 octobre 2018, *R.A.G.B.*, 2019, p.22 ; Cass., 2 octobre 2019, *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, pp.365-368.

833 Cass., 2 octobre 2019, *op.cit.,* note F. KUTY, « L'élément fautif des infractions intentionnelles », *op. cit*., p.392.

834 *Ibid.*, p 377.

835 *Cf.* TH. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, La Charte, 2017, p. 154 ; Cass., 12 septembre 2007, P.07.804.F*, Pas*., 2007, p. 402.

836 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », *Responsabilités, traité théorique et pratique*, livre 2, Anvers, Kluwer, 2012, pp. 1 et s.

837 Corr. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, (14e ch.), 9 juin 2017, *Chr. D.S.*, 2018, p. 180.

Que se passe-t-il si une personne bénéficie d'un non-lieu ou est acquittée au pénal ? La victime peut-elle introduire une action en réparation devant le juge civil ? La Cour de cassation, depuis l'arrêt du 17 juillet 1884, avait adopté la thèse de l'unité des fautes pénale et civile[838] : en raison de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil, la victime serait irrecevable à agir devant les juridictions civiles. Dans un arrêt du 15 février 1991, la Cour de cassation tempérera sa position estimant que le principe de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée en matière pénale, ne donne pas au demandeur une chance égale à celle des autres parties à la cause, de réfuter la preuve apportée par celles-ci concernant un élément de fait et partant, a constaté une violation l'article 6, § 1er de la CEDH[839]. La Cour va en quelque sorte corriger le caractère excessif du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal par un principe supérieur, celui du respect des droits de la défense[840]. Depuis lors, cette jurisprudence a été confirmée[841].

Par définition, le défaut de prévoyance et de précaution est le contraire d'un état d'esprit. Certains auteurs se demandent, dès lors, si ces situations trouvent bien leur place dans un droit pénal dominé par l'idée de prévention et ils suggèrent la voie de la dépénalisation[842]. L'avant-projet de livre Ier du Code pénal propose d'ailleurs de ne retenir que la faute consistant en un défaut grave de prévoyance ou de précaution qui serait soit la faute lourde en elle-même, soit une faute légère habituelle[843]. Ce choix aurait pour avantage notamment de mettre fin à l'unité des fautes pénales et civiles.

3. L'absence d'état d'esprit

Il existe une troisième catégorie d'infractions, qualifiées de contraventionnelles ou réglementaires[844], dont l'existence n'exige la preuve d'aucun état d'esprit spécifique (ni dol ni défaut de prévoyance ou de précaution - par exemple, brûler un feu rouge ou ne pas respecter une limitation de vitesse). Pourtant, malgré l'imprécision de certaines expressions, elles ne constituent pas des infractions purement « matérielles », c'est-à-dire des infractions pour lesquelles aucun élément moral ne serait requis. En effet, comme pour toute autre infraction, les faits matériels qui contreviennent à la loi doivent être moralement imputables à leur auteur[845].

La partie poursuivante peut se limiter à établir les faits puisque « la loi déduit de la matérialité du fait la présomption de la faute du prévenu »[846]. En principe, si le prévenu invoque une cause de justification ou de non-imputabilité qui n'est pas dépourvue de tout élément de crédibilité, le

---

838 *Pas.*, I, p. 275.

839 Cass., 15 février 1991, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 5 et s., note Fr. RIGAUX : « L'érosion de l'autorité 'erga omnes' de la chose jugée au pénal par la primauté du droit au procès équitable ».

840 *Ibid.*, p. 16. Voy., aussi, Cour eur. D.H., 13 juillet 2004, arrêt *Rezette c. Luxembourg.*

841 Pour aller plus loin, A. JACOBS, « L'autorité de la chose jugée en matière pénale », La Charte, Les dossiers du journal des juges de paix et de police, 2010, Vol. 13, pp.310 et s.

842 Les frontières de la répression, op. cit., t. 1, pp. 39 et s.

843 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, "Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal", *op. cit.*, p.49.

844 L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERGH distinguent les infractions purement réglementaires des infractions réglementaires impliquant un élément de connaissance ou une négligence du devoir de s'informer (« L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions », *op. cit.*, pp. 60-64).

845 Cass., 12 mai 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711 ; Bruxelles, 4 janvier 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 254 ; Cass., 31 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 577.

846 Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, 1987, n° 531, conclusions J. du JARDIN, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711.

Ministère public ou la partie civile, devra en prouver l'inexactitude[847]. L'alinéa 3 de l'article 8 l'avant-projet de livre Ier du Code pénal de 2016 reprend ce principe énonçant : « la simple volonté et la simple connaissance caractérisant le comportement libre, sont toujours présumées jusqu'à admission d'une cause de justification, de non-imputabilité ou d'exemption de culpabilité »[848].

847 Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, *op. cit*., pp 150-151. Remarquons qu'il existe des infractions règlementaires nécessitant un élément de connaissance ou une négligence du devoir de s'informer. *Ibidem*, p.p.151-152.

848 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de livre Ier du Code pénal », *op. cit.*, p.2. Voy., aussi, l'analyse dudit article pp. 51-53.

Chapitre III. L'auteur de l'infraction

Section 1. La place de l'agent dans le système pénal

Notre droit pénal se fonde, au départ, sur une approche classique qui privilégie une approche objective : la prise en compte de l'acte prévaut largement sur celle de l'auteur.

Néanmoins, la réalité actuelle du droit positif fait une place croissante à l'auteur de l'infraction. Ainsi, dans nombre de cas, les incriminations font l'objet d'une individualisation lorsque la loi considère la qualité de l'auteur des faits, non seulement comme une circonstance aggravante, mais encore comme un élément constitutif de l'infraction[849].

Le processus de subjectivation est également perceptible au niveau des peines. L'individualisation est ici rendue possible grâce au système de peines flexibles, à l'admission des circonstances atténuantes, à l'existence de causes d'excuses légales ou encore à l'état de récidive. Le processus se prolonge avec les modalités de la peine qui peuvent concerner tant le prononcé de la peine (suspension du prononcé ou sursis) que les modalités d'exécution de la peine privative de liberté (libération conditionnelle, surveillance électronique, congé pénitentiaire, …) et qui particularisent le parcours du condamné. Tous ces dispositifs introduisent une dimension subjective au cœur d'un système fondé sur l'acte.

L'auteur de l'infraction occupe donc, aux côtés de l'infraction elle-même, une place de plus en plus importante dans notre système pénal. Au point que la Commission de révision du Code pénal a pu affirmer, déjà en 1979, que « le juge doit juger un homme qui a commis des faits, et non plus uniquement des faits commis par un homme » ou encore que « le caractère plus ou moins dangereux de l'auteur doit sur le plan pénal être pris davantage en considération que la plus ou moins grande gravité de son acte »[850].

Section 2. Les sujets de l'infraction

Toute infraction commise suppose l'existence d'un auteur auquel elle puisse être rattachée matériellement et, en principe aussi, imputée moralement. On parle ici du sujet actif de l'infraction par opposition au sujet passif (la victime éventuelle de l'infraction).

La question est celle de savoir *si seuls des êtres humains* peuvent avoir la qualité d'auteur d'une infraction ou si des *groupements humains* ont également cette capacité pénale, ce qui nous renvoie à la question épineuse de la responsabilité pénale des personnes morales.

§ 1. Le principe historique de l'irresponsabilité des personnes morales

Lors de l'avènement du Code pénal en 1867, les personnes morales n'étaient pas capables pénalement.

---

849 P.L. BODSON, *L'individualisation de l'incrimination pénale*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p.19.

850 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Presses du Moniteur belge, 1979, p. 41 et 86.

La jurisprudence avait retenu le principe societas delinquere non potest, aux termes duquel la personne morale n'est pas capable pénalement de sorte que seule une personne physique était susceptible de commettre une infraction pénale[851].

> « Seules les personnes physiques peuvent délinquer »[852].

Il en résultait que les infractions commises par les représentants d'un groupement ne pouvaient être imputées qu'aux individus qui les avaient personnellement commises.

> « Lorsque le propriétaire est une société commerciale, être fictif, dépourvu de volonté intelligente et libre, les obligations légales sanctionnées, en cas de contravention, par des peines, pèsent personnellement et individuellement sur ses représentants légaux »[853].

La position de la jurisprudence évolua ensuite au profit du principe *societas delinquere potest*, *sed puniri non potes*t[854], aux termes duquel une personne morale peut commettre une infraction, mais ne peut faire l'objet d'une condamnation pénale. La personne morale devient capable mais non punissable.

> « Une personne morale peut commettre une infraction, mais ne peut être condamnée pénalement »[855].

En conséquence, les peines ne pouvaient, à nouveau, être prononcées que « contre les personnes physiques qui, dans la réalité des choses, ont commis l'infraction et assument la responsabilité de la société ou de l'association »[856].

> « Lorsqu'une personne morale a commis une infraction, la responsabilité pénale de l'infraction pèse sur les personnes physiques, organes ou préposés, par l'intermédiaire desquelles elle a agi »[857].

Compte tenu de cette évolution, divers textes furent proposés durant les années 1990 afin de consacrer le principe de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge pour donner naissance à la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales[858].

---

851 Voy., notamment, Cass., 13 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 127 ; Gand, 21 avril 1925, *Pas.*, II, p. 211 : « la société anonyme, être juridique, n'a pu commettre le délit » ; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2e éd., t. I, Gand, A. Hoste, 1874, p. 190; A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1899, p. 118.

852 Liège, 8 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1348.

853 Cass., 13 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 127 ; voy., aussi, Cass., 21 mai 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 165 : « les auteurs pénalement responsables de cette infraction étaient les représentants de ladite société ».

854 Commission pour la révision du Code pénal, *op. cit*., p. 91.

855 Cass., 20 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 664.

856 R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, 1985, p. 130.

857 Cass., 29 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 326. Dans le même sens, Cass., 20 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 664 ; Cass., 12 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 799 ; Cass., 18 février 1997, *TRD&I*, 1997, no 6, p. 61.

858 *M.B.*, 22 juin 1999, entrée en vigueur le 2 juillet 1999. En ce qui concerne la question de l'application de la loi dans le temps, voy. Cass., 22 janvier 2014, *Pas.,* 2014, p. 182.

Cette réforme rejoignit ainsi les solutions déjà consacrées à l'époque par plusieurs pays tels que les Pays-Bas, la Grande-Bretagne, l'Espagne, le Canada, les Etats-Unis ou encore la France[859].

§ 2. Le régime de responsabilité pénale des personnes morales

Le régime de la responsabilité pénale des personnes morales, tel qu'introduit par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales au sein de l'article 5 du Code pénal, constitue (ou du moins constituait[860]) un système *sui generis* engendrant de nombreuses difficultés d'application.

Le régime en vigueur depuis 1999 a par conséquent été amendé par la loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le Titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales[861]. Le nouveau régime n'est applicable qu'aux faits commis à partir de son entrée en vigueur, soit le 30 juillet 2018, par application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale dès lors que le nouveau régime est plus sévère que l'ancien[862].

Par ailleurs, il est également à noter que le projet de réforme du Code pénal initialement proposé par la Commission de réforme du droit pénal, dont la rédaction précède la récente réforme de l'été 2018, et qui a ensuite été déposé sous la forme d'une proposition de loi qui fait

---

859 Pour une analyse extensive de la situation antérieure à la loi du 4 mai 1999, voy. F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge – Tome III : l'auteur de l'infraction pénale*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 75 à 81 ; F. TULKENS *et al*., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, p. 482 à 488.

860 A savoir avant sa réforme du 11 juillet 2018, voy. *infra*, D.2.

861 *M.B.*, 20 juillet 2018. Cette loi est le résultat d'une proposition initialement déposée le 21 janvier 2015 (*Doc.*, Ch., 2014-2015, n° 0816/001). Il est à noter qu'en parallèle de cette proposition de loi, un second texte ayant un objet similaire fut déposé le 21 avril 2015 à la Chambre, à savoir la proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public (*Doc.*, Ch., 2014-2015, n° 54-1031/001). Les travaux parlementaires liés à cette proposition semblent néanmoins avoir été joints à la proposition n° 816 précitée.

862 Sur la réforme du 11 juillet 2018, voy., notamment, J.-P. COLLIN *et al*., « Chapitre 6 - Responsabilité pénale des personnes morales », *Droit pénal des affaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 106 et s. ; M. HORSEELE, S. VAN DYCK et V. FRANSSEN, « Requiem voor de decumulregel (oud artikel 5, lid 2 Strafwetboek) », *T. Strafr.*, 2020, p. 3 ; E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *J.T.*, 2020, p. 760 à 764 ; A. WERDING, « La responsabilité pénale des personnes morales : au revoir décumul, bienvenue responsabilité pénale de l'État ? », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Limal, Anthemis, 2019, p. 73 à 130 ; E. DE FORMANOIR, « La nouvelle loi sur la responsabilité pénale des personnes », *Actualités en droit pénal 2019*, H. D. Bosly et Ch. De Valkeneer (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 65 à 96 ; G. LENELLE et G. PIJCKE, « La responsabilité pénale des personnes morales. Le point de vue de l'auditorat du travail », *Dr. pén. entr.*, 2019/2, p. 77 à 93 ; A. LEROY, « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *B.S.J.*, n°. 637, 2019, p. 7 à 10 ; F. VERBRUGGEN et M-J. HORSEELE, « Zelfkastijding met een slapstick. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke publiekrechtelijke rechtspersonen met eenvoudige schuldigverklaring als enige straf », *N.C.*, 2019, n° 3, p. 195 à 210 ; F. KUTY, « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, n° 11, p. 1031à 1052 ; P. WAETERINCKX et R. VAN HERPE, « De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdoet zich na 19 jaar van twee groeipijnen », *N.C.*, 2018, p. 541à 560 ; A. LEROY, « La responsabilité pénale des personnes morales, version 2018 », *J.T.*, 2018, n° 28, p. 638 à 639 ; et M. FERNANDEZ-BERTIER et M. BONNEURE, « Le point sur quelques réformes législatives récentes : la responsabilité pénale des personnes morales, la transaction pénale, la saisie et la confiscation spéciale, et la lutte anti-blanchiment », *Dr. pén. entr.*, 2018/2, p. 156-157.

actuellement l'objet de travaux parlementaires, prévoit lui aussi une modification du régime de responsabilité pénale des personnes morales[863].

Nous n'évoquerons ici que les principes d'application qui ont trait à l'auteur de l'infraction[864]. À cet égard, quatre questions doivent être abordées : quelles sont les catégories de personnes morales visées ; quels sont les comportements qui engagent leur responsabilité ; quelles sont les personnes physiques par lesquelles cette responsabilité peut être engagée ; en quoi consiste la relation entre la responsabilité de la personne morale et celle des personnes physiques pour les mêmes faits ?

A. Catégories de personnes visées

Écartant explicitement la théorie de la fiction selon laquelle « la personne morale est purement considérée comme une collectivité de personnes physiques individuelles », la personne morale a été conçue comme « une réalité sociale qui peut commettre une faute pénale propre et doit donc aussi pouvoir être tenue responsable sur le plan pénal »[865]. La perspective adoptée consiste donc à « assimiler, dans la plus large mesure possible, les personnes morales aux personnes physiques »[866].

Cette assimilation connaît cependant d'emblée une double limite.

1. D'une part, certaines entités se trouvent « assimilées à des personnes morales », alors qu'elles ne possèdent pas la personnalité juridique[867], afin d'« éviter une discrimination» entre des entités économiques identiques, selon qu'elles auraient adopté ou non la forme de la

---

863 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1ier du Code pénal*, Bruxelles, La Charte, 2016, p. 3 (article 17). Si le projet de la Commission n'a pas pu aboutir, une proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2 a été déposée à la Chambre des Représentants (Doc., Ch., 2018-2019, n° 54-3651/001, redéposée sous Doc., Ch., 2019-2020, n° 55-0417/001). Celle-ci diffère à divers aspects du projet élaboré par la Commission de réforme. En ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, l'article 19 de la proposition de loi se calque sur l'article 5 du Code pénal en l'état – suite donc à sa modification par la loi du 11 juillet 2018.

864 Concernant les peines applicables aux personnes morales, voy. *infra*, Chapitre V. La peine, § 2. La classification des peines, § 2. Classification tripartite des peines, B. Peines applicables aux personnes morales.

865 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, no 1-1217/1, p. 2. Voy. également J. ROZIE, « Vrije wil en strafrecht : partners in crime? », *Schuld*, J. Verplaetse (dir.), 1ère éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 114. Voy. également le commentaire de F. KUTY : « Le caractère innovant de cette législation réside dans le choix de la conception selon laquelle la personne morale est, en soi, considérée comme une réalité sociale susceptible de commettre une faute pénale propre, comme une entité responsable pénalement, comme une personne à part entière sur le plan pénal » (F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 88).

866 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, no 1-1217/1, p. 1. Voy. J.-P. COLLIN *et al*, *op. cit.*, p. 97 à 188 ; F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 84 à 85. Voy., également, Cass. 30 janvier 2018, *Pas*, 2018, p. 201 : « Il ressort de la genèse légale de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales dans le droit pénal belge que le législateur tendait à assimiler au mieux la personne morale à la personne physique, également au niveau de la répression. Cette assimilation ne peut toutefois jamais être parfaite, eu égard à la nature propre de la personne morale ».

867 Cette assimilation, critiquée par le Conseil d'État, a été justifiée par le fait qu'« au nom de l'autonomie du droit pénal, il est permis d'accorder une 'personnalité juridique pénale' à des personnes morales qui n'en disposent pas au plan civil » (*Doc.*, Sénat, 1998-1999, no 1-1217/6, p. 125).

personnalité juridique »[868]. Ce sont les sociétés momentanées et les sociétés internes, les sociétés visées à l'article 2, § 4 du Code des sociétés, ainsi que les sociétés commerciales en formation, et les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale[869] (art. 5, al. 2)[870].

2. D'autre part, certaines personnes morales de droit public (dites « politiques »[871]) se trouvent, ou plutôt se trouvaient, exclues en raison du fait qu'elles disposent, au moins pour certaines d'entre elles, d'un organe directement élu selon des règles démocratiques[872]. Ce sont l'État fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, les zones de secours, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale.

À cet égard, la Cour constitutionnelle a considéré que « la différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif » et est donc constitutionnelle :

> « Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique »[873].

À la suite de la réforme du 11 juillet 2018, le régime applicable à ces personnes morales identifiées de droit public doit être différencié selon que les faits en cause ont été commis avant le 30 juillet 2018 ou à partir de cette date[874].

Pour les infractions commises avant le 30 juillet 2018 : en vertu de l'ancien article 5, alinéa 4 du Code pénal, ces personnes morales de droit public limitativement énumérées bénéficient d'une immunité pénale car exclues de la définition de personne morale responsable pénalement.

---

868 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. Concernant la critique des assimilations retenues, voy. F. KUTY, *Principes généraux ...*, *op. cit.*, p. 96 et s ; M. NIHOUL, « Le champ d'application », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, sous la direction de M. NIHOUL, Bruxelles, La Charte, 2005., p. 35 et s.

869 Cette catégorisation de sociétés devra être modifié par le législateur conformément aux catégories de sociétés consacrées par l'art.1:5 du nouveau Code des Sociétés et des Associations.

870 Et ancien alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal. A ce titre, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 5, alinéa 3, 2° du Code pénal « ne viole pas les articles 10 et 11 Const., en ce qu'il assimile les sociétés commerciales en formation à des personnes morales passibles de sanctions pénales, alors qu'il ne prévoit pas une telle assimilation pour « les personnes morales de droit civil en formation » (C.C., n° 122/2014, 19 septembre 2014).

871 J.-P. COLLIN *et al*, *op. cit.*, pp. 155-157 ; A. WERDING, *op. cit.*, p. 81 et s. ; F. KUTY, *Principes généraux ...*, *op. cit.*, p. 106 et s. ; G. LENELLE et G. PIJCKE, *op. cit.*, p. 87.

872 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. Voy., à cet égard, E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *J.T.*, 2020, p. 760.

873 C.A., n° 128/2000, 10 juillet 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 887 et *J.L.M.B.*, 2003, p. 54 ; C.A. n° 8/ 2005, 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 595, obs. Nihoul ; C.A. n° 31/2007, 21 février 2007, *T. Strafr.*, 2007, p. 181, obs. P. DE HERT et J. MILLEN, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publieke rechtspersonen ». Voy., aussi, E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit publi », *op. cit.*, p. 760.

874 Voy., *supra*, Chapitre 1, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, §1. L'application de la loi pénale dans le temps

Pour les infractions commises à partir du 30 juillet 2018 : la loi du 11 juillet 2018 a supprimé l'immunité pénale jusqu'alors octroyée à ces entités de droit public, qui sont à présent visées au dernier alinéa de l'article 7*bis* du Code pénal[875]. La suppression de l'immunité vise à « une application de la loi plus systématique, plus équitable et plus critique à l'égard du pouvoir. Cela permet de s'attaquer à la situation paradoxale dans laquelle une autorité édicte et fait respecter des règles, mais n'est par ailleurs pas elle-même responsable pénalement lorsqu'elle les transgresse »[876]. Le législateur a toutefois considéré nécessaire de moduler la sanction pénale à l'encontre des personnes morales de droit public identifiées : « la simple levée de l'immunité et la condamnation de la commune qui s'en suit peuvent avoir des conséquences budgétaires sérieuses pour les autorités locales. Ainsi, il existe un risque d'instrumentalisation du droit pénal, qui servirait d'arme en cas de querelles d'inspiration essentiellement politique »[877]. Par conséquent, et bien que désormais responsables pénalement, les entités de droit public énumérées à l'article 7bis, dernier alinéa du Code pénal ne peuvent se voir infliger de peine et seule une simple déclaration de culpabilité peut être prononcée à leur égard[878]. Cette solution, qui vise à ne pas diminuer les moyens publics à disposition des entités publiques visées, facilite néanmoins la réparation des victimes sur le plan civil dès lors que la simple déclaration de culpabilité implique la reconnaissance d'une faute dans le chef de la personne morale concernée.

Le projet de Code pénal, actuellement débattu à la Chambre des représentants, se calque logiquement sur le régime introduit par la loi du 11 juillet 2018[879].

B. Comportements donnant lieu à la responsabilité

> « Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte » (art. 5, al. 1er du Code pénal).

À la différence de certaines législations étrangères qui précisent que la responsabilité n'existe que dans des cas particuliers, la loi belge vise « tout type d'infraction »[880] commise par la

---

875 Sur cette suppression en particulier, voy., notamment, F. VERBRUGGEN et M-J. HORSEELE, « Zelfkastijding met een slapstick … », *op. cit*.

876 *Doc*., Ch., 2017-2018, n° 0816/003, p. 18

877 *Doc*., Ch., 2017-2018, n° 0816/003, p. 20. Dans leur ouvrage, C. Clesse et L. Kennes ajoutent que : « Le législateur a justifié ce choix du fait que, si des sanctions financières étaient prises à l'encontre des personnes morales de droit public, cela reviendrait à obliger l'État à se payer une amende à lui-même et que cela pourrait aussi avoir des conséquences graves au niveau budgétaire, notamment pour les autorités locales », C.-E. CLESSE et L. KENNES, « Chapitre 6. - Responsabilité pénale des personnes morales » in *Droit pénal des affaires*, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 323.

878 Voy. E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit publi », *op. cit.*, p. 763.

879 *Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0417/001, p. 842 (art. 19). Par opposition, le projet de Code pénal initialement proposé par la Commission de réforme du droit pénal maintenait le régime d'exonération (et donc d'immunité pénale) applicable avant la réforme de 2018 : J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal. …*, *op. cit.*, p. 3 (article 17).

880 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. En assimilant ainsi complètement la personne morale à la personne physique, en ce qui concerne les infractions retenues, on a pu se demander, d'une part, si le législateur ne s'était pas trompé de cible en ne se concentrant pas sur la lutte contre la criminalité organisée et, d'autre part, si les difficultés liées à l'imputabilité morale d'une infraction à la personne morale en l'absence de toute décision de ses organes, ne risquait pas d'aboutir, au moins dans certains cas, à la consécration d'une véritable responsabilité objective (M. NIHOUL, « Le champ d'application », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*,

personne morale qu'il s'agisse d'une infraction se trouvant dans le Code pénal ou dans une loi particulière, par application de l'article 100 du Code pénal.

> « L'article 5 du Code pénal a instauré une responsabilité pénale propre des personnes morales, autonome et distincte de celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont omis de le faire, de sorte que la personne morale peut être déclarée pénalement responsable de toutes les infractions puisque les infractions imputées à une personne morale sont *in concreto* réalisées par des personnes physiques »[881].

La personne morale ne peut cependant être pénalement responsable que des infractions qui sont « intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte » (art. 5, al. 1er du Code pénal)[882]. Se trouvent dès lors exclus les « faits commis par des personnes ayant un lien avec elle (employés, administrateurs...), quand celles-ci n'auraient fait que profiter du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur intérêt ou pour leur compte »[883].

> « Lorsque des faits infractionnels ont été commis pour servir l'intérêt individuel et pour le compte d'une personne occupant une position dominante au sein d'une personne morale, seule la responsabilité de la personne physique par qui la personne morale a agi peut être engagée »[884].

La Cour de cassation a néanmoins précisé que « ce lien intrinsèque ne requiert pas que l'objet social de la personne morale vise des infractions, mais uniquement que les infractions doivent avoir été commises afin de réaliser son objet social »[885]. A cet égard, la Cour de cassation a récemment rejeté l'argumentation développée par une société demanderesse en cassation, selon laquelle la réalisation de son objet social ou la défense de ses intérêts supposait qu'il soit vérifié que ces infractions lui avaient procuré un avantage ou à tout le moins, ne lui avaient causé aucun préjudice, ou qu'elles poursuivaient cet objectif. La Cour de cassation a rejeté cette argumentation en précisant que pour qu'il soit satisfait aux conditions de l'article 5 du Code pénal, il n'est pas requis que les infractions, commises par la personne physique agissant pour le compte de la personne morale, visent uniquement à procurer un avantage à la personne morale ou, à tout le moins, à ne pas lui porter préjudice, ni qu'elles aient pour seul effet de procurer un avantage à la personne morale ou, à tout le moins, ne lui portent pas préjudice[886].

M. Nihoul (dir.), Bruxelles, La Charte, 2005*,* p. 47 et s.). Voy. également Cass., 14 novembre 2007, qui précise que l'article 5 du Code pénal est « applicable en règle à toutes les infractions ».

881 Cass., 13 mai 2014, *Pas*., 2014, p. 1153. Voy., aussi, Cass., 14 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2180 (« Disposition applicable en règle à toutes les infractions, l'article 5 précité instaure une responsabilité propre des personnes morales, autonome et distincte de celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont omis de le faire ») ; Cass., 20 décembre 2005, *Pas*., 2005, p. 2576.

882 Voy. Cass., 23 janvier 2013, *Pas*., 2013, p. 179 qui a précisé que « si ces critères sont alternatifs, cette disposition permet au juge d'imputer également l'infraction à la personne morale lorsqu'il constate la réunion de plusieurs d'entre eux ». Voy. aussi Cass., 1 novembre 2014, *Pas*., 2014, p. 2025.

883 Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 8.

884 Corr. Liège, 26 septembre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1375. Voy., en ce sens, F. KUTY, *Principes généraux …, op. cit*., p. 106.

885 Cass., 9 novembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 789. Voy., aussi, Cass., 6 mai 2015, *Pas*., 2015, p. 1113.

886 Cass., 17 décembre 2019, *Pas*., 2019, p. 2319, cité par F. KUTY et al., « Chronique semestrielle de jurisprudence » *Rev. dr. pén. crim.,* 2022, p. 472.

In concreto, une personne morale peut donc être reconnue coupable tant de blanchiment d'argent, d'escroquerie, d'infraction aux normes environnementales, de violation à la législation sur le bien-être au travail que d'empoisonnement ou homicide (in)volontaire, pour autant que telle infraction soit intrinsèquement liée aux activités de la personne morale. *A contrario*, l'employé qui aurait utilisé et détourné la personne morale pour commettre un faux en écritures et un usage de faux, pour son avantage exclusif, n'engage pas la responsabilité de la personne morale.

C. Personnes physiques par lesquelles la responsabilité peut être engagée

À la différence, une fois encore, de certaines législations étrangères, le législateur belge a, et cela contrairement à l'avis du Conseil d'Etat[887], estimé ne pas devoir préciser les personnes physiques ou les organes par lesquels la responsabilité pénale de la personne morale pourrait être engagée[888]. Comme l'a souligné le Conseil d'Etat, cela laisse à penser que l'intention est « d'étendre aussi loin que possible le cercle des personnes physiques dont l'activité peut être imputée à la personne morale » : organes, représentants, mandataires, préposés, et même tiers, du moment que l'infraction ait été commise en vue de promouvoir l'intérêt de la personne morale ou pour son compte[889].

La volonté du législateur d'établir un champ d'application large des personnes physiques concernées est illustrée dans un arrêt récent de la Cour de cassation. En l'espèce, le jugement attaqué considérait qu'un chauffeur de camion, n'étant pas une personne habilitée à représenter la société, ne pouvait engager la responsabilité de cette dernière.

> « […] l'article 5, alinéa 2, du Code pénal n'impose aucune condition quant à la qualité ou au pouvoir de représentation dont devrait être investie la personne ayant physiquement commis l'infraction ; par conséquent, le jugement attaqué ajoute à la disposition précitée une condition qu'elle ne comporte pas. »[890].

Un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2019 s'inscrit dans cette même lignée. On y lit notamment que le fait que les infractions mises à charge de la personne morale ont été, dans les faits, commises par un organe ne disposant d'aucun mandat formel, est sans pertinence. La Cour de cassation n'y voit pas de difficulté pourvu que « la structure hiérarchique en question soit effective », auquel cas « il n'est pas requis que l'autorité émane nécessairement d'une personne physique titulaire d'un mandat formel pour diriger la personne morale »[891].

---

887 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 119 : « La personne morale serait ainsi mise hors d'état d'apprécier à tout moment quelles sont exactement les personnes physiques par les actes desquelles elle pourrait se trouver engagée pénalement... Une telle imprécision... ne peut être admise ».

888 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 4.

889 *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 119. Il n'en a pas moins été rappelé que la personne morale ne peut être tenue pénalement responsable que pour les comportements qui lui sont imputables et qu'il faut donc démontrer que l'élément matériel et l'élément moral sont réunis dans son chef et peuvent lui être imputés. En ce sens, entre autres : D. VAN GERVEN, « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 958, et décisions citées (notamment Cass., 9 septembre 2014, *Pas*., 2014, p. 1782 ; Cass., 30 avril 2013, *R.W*. 2014-15, p. 1663 ; Cass., 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2034 ; Cass., 12 juin 2007, *Pas*., 2007, p. 1200 ; Anvers, 21 octobre 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1556).

890 Cass., 21 mai 2019, *Pas*., 2019, p. 1119.

891 F. KUTY et.al., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim*., 2022, p. 473 citant Cass., 17 décembre 2019, *Pas.*, 2019, p. 2319.

D. Le concours des responsabilités des personnes morale et physique

Toute infraction commise par une personne morale est, dans la réalité, commise par une ou plusieurs personnes physiques.

> « Les infractions imputées à une personne morale sont *in concreto* réalisées par des personnes physiques »[892].

Tout l'enjeu de la responsabilité pénale des personnes morales est d'imputer à ces dernières la responsabilité pénale de l'infraction même si la réalisation de l'élément matériel incombe à la personne physique.

Lorsqu'une personne physique peut être identifiée comme auteur de l'infraction, se pose néanmoins la question de la relation entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique pour le même fait.

A priori, trois approches sont concevables. La première, confortée par l'application pure et simple des règles relatives à la participation criminelle, autorise le cumul illimité des responsabilités. La seconde, au contraire, exclut radicalement le cumul et oblige à opter pour la responsabilité pénale soit de la personne physique identifiée, soit de la personne morale. La troisième privilégie une position intermédiaire en faisant un usage mixte des deux précédentes approches (cumul et décumul).

À la suite de la réforme du 11 juillet 2018, le régime applicable doit être différencié selon que les faits en cause ont été commis avant le 30 juillet 2018 ou à partir de cette date.

1. Pour les infractions commises avant le 30 juillet 2018

La loi du 4 mai 1999 a adopté une position dualiste en consacrant tant le principe du « cumul » (facultatif ?) des responsabilités que celui du « décumul » (exclusion du cumul) obligatoire des responsabilités selon que l'infraction concernée a été commise « sciemment et volontairement » ou non[893].

> « Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable » (ancien art. 5, al. 2, du Code pénal).

Le décumul obligatoire des responsabilités en cas d'infraction non-intentionnelle

---

892 Cass., 13 mai 2014, *Pas*., 2014, p. 1153. Voy. aussi Cass., 26 septembre 2006, *R.W*., 2006-2007, p. 1084 ; Cass., 20 décembre 2005, *Pas*., 2005, p. 2576.

893 A cet égard, voy., notamment, J.-P. COLLIN *et al*., *op. cit.*, p. 126 à 141 ; H.-D. BOSLY, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise et la responsabilité pénale des personnes morales », *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, Y. De Cordt et D. Philippe (dir.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 237 et s.

L'application du principe de décumul des responsabilités a pour conséquence que seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Ce régime d'exclusion du cumul crée ainsi une cause d'excuse absolutoire au profit de la personne qui a commis la faute la moins grave pour autant, toutefois, qu'il s'agisse d'une infraction commise par imprudence ou négligence, à condition donc que l'auteur n'ait pas agi sciemment et volontairement.

> « L'article 5, alinéa 2, du Code pénal, qui régit les cas où la responsabilité d'une personne physique et celle d'une personne morale sont engagées en raison d'une même infraction, crée une cause d'excuse absolutoire au profit de la personne ayant commis la faute la moins grave ; le bénéfice de cette excuse est reconnu à l'auteur de l'infraction commise par imprudence ou négligence, et non à celui qui a agi sciemment et volontairement »[894].

Rappelons que la cause d'excuse absolutoire « ne supprime ni la responsabilité pénale de l'agent, ni l'illégalité de son comportement qui demeure incriminé par la loi pénale. Elle n'emporte ni l'irrecevabilité, ni l'extinction de l'action publique qui est au contraire déclarée recevable et fondée »[895]. En effet, celle-ci aura « pour seul effet de faire échapper son bénéficiaire à une condamnation à une peine »[896]. Par conséquent, elle n'absout pas l'auteur de la faute la plus légère de sa responsabilité civile : la cause d'excuse « n'a pas d'incidence sur le fondement de l'action civile exercée contre lui, puisque toute faute, si légère soit-elle, oblige celui qui l'a commise à réparer le dommage qui en est résulté »[897]. Il a ainsi été jugé que, nonobstant la cause d'excuse absolutoire dont bénéficie la personne ayant commis la faute la moins grave, le tribunal peut condamner toutes les personnes responsables, y compris cette dernière[898].

La détermination de la faute la plus grave est laissée à l'appréciation du juge qui peut tenir compte de la part respective de responsabilité incombant à la personne physique et à la personne morale dans la réalisation de l'infraction[899].

> « Il ne peut être fait grief à un texte de portée générale de ne pas donner une définition précise de la gravité... Le juge devra appliquer cette gravité non pas en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition en cause, mais en prenant pour critère les éléments constitutifs de chaque infraction, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire et en appréciant dans chaque cas le degré d'autonomie dont dispose la personne physique à l'égard de la personne morale »[900].

---

894 Cass., 10 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 413. Voy. aussi Cass., 6 mai 2015, *Pas*., 2015, p. 1113..

895 Corr. Liège (div. Liège), 26 octobre 2020, *J.J.Pol.-T.Pol*., 2020/4, p. 187. Ainsi, comme le relève F. KUTY : « Il s'agissait en réalité davantage d'un mécanisme d'exclusion de la répression que d'un mécanisme de décumul des responsabilités pénales puisque les responsabilités étaient constatées mais qu'il arrivait qu'aucune peine ne puisse être prononcée à l'encontre de l'une ou de l'autre. » (F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 145).

896 Cass., 29 juin 2016, R.G. n° P. 16.0501.F., disponible sur www.jurportal.be.

897 Cass., 22 octobre 2014, *Pas*., 2014, p. 2313 ; Bruxelles, 1 février 2013, *Dr. pén. entr*., 2014, p. 135, obs. J. Castiaux.

898 Corr. Liège, 26 octobre 2020, *J.J.Pol.-T.Pol*., 2020/4, p. 187. Dans cette décision, le prévenu, bien que bénéficiant d'une cause d'excuse asbolutoire, est sommé de contribuer aux frais de l'action publique solidairement avec la société dont la seule responsabilité pénale est retenue. Voy., également, Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331 et *T. Strafr.*, 2004, p. 189, note S. Van Dyck et J. Vananroye.

899 *Doc.*, Chambre, 1998-1999, n° 2093/5, p. 15.

900 C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002.

Il semble donc que ce degré de gravité doive s'apprécier en fonction d'un critère causal, et non pas moral[901].

> « La faute la plus grave, commise par la personne morale, consiste dans le fait que les différents agents de la S.N.C.B., du fait de carences organisationnelles, n'ont pas eu une formation adéquate » (Accident ferroviaire de Pécrot)[902].

> « Les éléments du dossier confirment que c'est la personne morale qui s'est soustraite à ses obligations et qui a commis la faute la plus grave dans la mesure où Monsieur (…) ne disposait pas à lui seul du pouvoir d'organisation, de contrôle et de surveillance des activités liées à la réalisation de l'objet social de l'être moral, comme en témoignent notamment l'élaboration des plans de sécurité et règlement d'ordre intérieur de l'établissement. Il y a donc lieu de faire bénéficier le prévenu (…) de la cause d'excuse absolutoire de l'article 5 alinéa 2 du Code pénal » (Noyade d'un enfant dans une piscine communale)[903].

> « La responsabilité pénale de la société Cockerill-Sambre ne peut être retenue en raison du seul constat qu'elle poursuit des objectifs de rentabilité, alors que des personnes physiques identifiables ont commis des fautes accumulées consistant à négliger les consignes de sécurité » (Explosion à Cockerill-Sambre)[904].

> « Le machiniste est le dernier maillon de la chaîne et ne doit pas endosser seul toute la responsabilité dans la survenance de ce terrible accident. Le nombre de franchissement de feux rouges est en hausse et 52 pourcents sont dus à une faute de distraction. Face à ce constat, tant la S.N.C.B. qu'Infrabel devaient réagir et renforcer les mesures de sécurité » (Accident ferroviaire de Buizingen)[905].

> « Lorsqu'une personne morale exerçant la profession d'architecte est chargée de surveiller des travaux réalisés en exécution d'un permis auquel sont annexés des plans qu'[elle] a elle-même établis et qu'il apparaît que les travaux réalisés ne sont pas conformes à ce permis, l'autorité peut considérer que c'est bien cette personne morale qui a commis la faute la plus grave au sens de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal et non son gérant. » (Non-respect d'un permis d'urbanisme par un bureau d'architecture)[906].

> « En l'espèce, la faute la plus grave est celle de la personne morale qui avait l'obligation de prendre toutes les mesures utiles afin de mettre ses chauffeurs en mesure de fournir

---

901 Cass., 22 octobre 2014, *Pas*., 2014, p. 2317 ; A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, M. Nihoul (dir.), Bruxelles, La Charte, p. 119 et s.

902 Pol. Nivelles, 15 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1407.

903 Mons, 5 novembre 2015, *Rev. dr. pén*., 2016, n° 7-8, p. 845.

904 Corr. Liège, 20 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1392.

905 Pol. Bruxelles fr., 3 décembre 2019, *R.G.A.R*., 2020, n° 15653. Pour une analyse plus détaillée, voy. F. KUTY *et.al*., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 541. Ce jugement a été confirmé en appel dans un jugement définitif du 29 janvier 2021 : « le tribunal correctionnel francophone de Bruxelles, statuant en cour d'appel en la cause de la catastrophe de Buizingen, a confirmé cette position, constatant qu'il n'y avait en l'espèce aucun amalgame avec la faute d'une quelconque personne physique » (Trib. Fr. Bruxelles (corr.), 29 janvier 2021, *Dr. pén. entr*., 2021/4, 1.384. in C.-E. CLESSE et L. KENNES, *Droit pénal des affaires*, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 320.

906 C.E., 6 novembre 2019, n°245.997.

> la preuve de la réalisation effective du contrôle technique. En s'en abstenant de le faire, elle a commis une faute plus grave que celle de son chauffeur. » (Non-détention par un employé d'une société de transports de documents requis lors d'un contrôle)[907].
>
> « Dans la mesure où le directeur général, le médecin en chef et l'anesthésiste traitant concernés n'ont nullement commis ces faits sciemment et volontairement, il convient, sur la base de l'ancien article 5, deuxième alinéa, du Code pénal – qui était d'application au moment des faits – de vérifier qui a commis la faute la plus grave, ce qui est une considération délicate et extrêmement difficile. Le tribunal estime que l'hôpital a commis la faute la plus grave. L'absence de toute politique opérationnelle, sous la forme de directives, procédures et listes de vérification écrites, a incontestablement causé le décès. Le tribunal correctionnel estime qu'il est incompréhensible que l'hôpital se soit montré si laxiste dans l'installation des gaz médicaux et dans la mise en service d'un nouveau bloc opératoire où des vies humaines doivent être sauvées et où il faut pouvoir compter sur la perfection en matière d'équipement médical. Selon le tribunal, la planification d'opérations sans concertation préalable approfondie avec toutes les instances concernées, sans la présence de toutes les attestations de contrôle nécessaires et sans le test correct des appareils d'anesthésie défie vraiment toute imagination » (Homicide involontaire lors d'une opération, suite à la permutation de l'oxygène gazeux et du gaz hilarant)[908].

Le but poursuivi par le principe semble être de « protéger les travailleurs »[909] et d'éviter que la responsabilité de la personne physique soit systématiquement retenue, en même temps que celle de la personne morale.

Le décumul de responsabilité exige néanmoins la réunion de trois conditions qui peuvent susciter des interprétations divergentes ou des difficultés d'application.

1. Premièrement, la personne physique doit être identifiée. Cette condition implique une éventuelle dénonciation de la personne morale. À défaut d'indentification de la personne physique, seule la personne morale sera condamnée.

Ainsi, face à l'invocation du bénéfice d'une cause d'excuse absolutoire par une société, la Cour de cassation raisonne comme suit :

> « L'application de la cause d'excuse absolutoire prévue par cette disposition requiert que la personne physique responsable ait été identifiée. Dans ses conclusions, la demanderesse a soutenu avoir commis une faute moins grave que la personne physique Il n'apparaît toutefois ni de ces conclusions ni des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard, que la personne physique susceptible d'être mise en cause, ait été identifiée avec la précision requise. Dès lors, après avoir constaté que l'infraction était intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet de la demanderesse ou à la défense de ses intérêts, ou était de celles dont les faits concrets démontrent qu'elle a été commise

907 Corr. Liège, 26 octobre 2020, *J.J. Pol.-T. Pol*., 2020/4, p. 181.

908 F. KUTY *et al*., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 442 à 444, rapportant la décision de Corr. Flandre occidentale (div. Bruges), 3 décembre 2018, *Rev. dr. santé.*, 2020-2021, p. 78.

909 *Doc.*, Ch., 1998-1999, n° 2093/5, p. 25.

> pour son compte, le tribunal a légalement justifié sa décision [de condamner uniquement la personne morale]. » [910].

2. Deuxièmement, la responsabilité de la personne morale doit être « engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique ». Si l'on respecte strictement le texte, il semble dès lors que « seuls les cas où les actes des personnes physique et morale se superposent parfaitement sont visés »[911], ce qui exclurait à la fois le cas où l'infraction provient de l'intervention de plusieurs personnes physiques et celui où l'infraction provient à la fois d'une personne physique identifiée et d'une organisation déficiente de la personne morale elle-même[912].

Cette interprétation qui paraît injuste[913] et risquerait de rendre les cas d'application du décumul plutôt exceptionnels[914], contrairement à l'objectif poursuivi, ne semble pas se rencontrer dans la pratique.

D'une part, « l'analyse de la jurisprudence indique que les parquets poursuivent généralement une ou plusieurs personnes physiques aux côtés de la personne morale »[915]. La Cour de cassation a également précisé à ce titre que l'ancien article 5, alinéa 2 ne s'applique que si la responsabilité de la personne physique et celle de la personne morale sont engagées en raison d'une même infraction[916]. Cela implique que « la faute commise par une personne morale coïncide avec celle de la personne physique ou que ces fautes soient étroitement liées »[917] et que le juge constate la faute dans le chef des deux personnes[918].

> « La constatation du juge que la personne physique a commis une faute sciemment et volontairement ne suffit pas. Il doit constater également la faute dans le chef de la personne morale »[919].

---

910 Cass., 1 novembre 2014, *Pas*., 2014, p. 202 et commentaires de E.-R. FRANCE, « Chronique de jurisprudence, droit pénal des affaires (2014-2015) », *R.D.C*., 2017/3, p. 271.

911 Ph. HAMER et J. ROMANIELLO, La responsabilité pénale des personnes morales. Loi du 4 mai 1999, Diegem, Kluwer, 1999, p. 24.

912 Ph. HAMER et J. ROMANIELLO*, ibidem*, p. 24.

913 En ce sens, voy. J.-P. COLLIN *et al*., *op. cit.*, p. 128 ; Fr. ROGGEN, « Participation et imputabilité : l'application de ces principes à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, P. Mandoux et O. Klees (dir.), Bruxelles, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 18.

914 Fr. ROGGEN, *ibidem*, p. 23. En ce sens, *cf.* Notamment Gand, 17 octobre 2002, *T. Strafr.*, 2005, p. 445.

915 *Doc*., Ch., n° 54-0816/003, p. 11 et 12. J.-P. COLLIN *et al*., *op. cit.*, p. 128, et décisions citées : Corr. Liège, 20 septembre 2004, *J.L.M.B*., 2004, p. 1392 ; Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B*., 2003, p. 1331.

916 Cass., 3 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 363 ; Cass. 8 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2283 ; Cass., 10 mars 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 940, note F. Kefer ; F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 147 ; Fr. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 202.

917 Cass., 25 mai 2016, *A.C.*, 2016/5, p. 1193 : « Le cumul facultatif de responsabilité pénale en faveur des personnes physiques qui est visé à l'article 5, alinéa 2 C.P., suppose toutefois que la faute de la personne morale coïncide avec celle des personnes physiques ou que leurs fautes respectives soient étroitement liées ».

918 J. ROZIE, « 4 – Vrije wil en strafrecht: partners in crime? », *Schuld*, *op. Cit.*, p. 115. Cass., 12 juin 2007, *A.C.*, 2007/6, p. 1325 ; Cass., 23 septembre 2008, *A.C.*, 2008/9, p. 2045.

919 Cass., 30 avril 2013. Concernant les difficultés relatives à l'établissement de cette faute, voy., notamment, F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, pp. 139 et s. ; V. FRANSSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, p. 65 et s

D'autre part, le caractère déficient de l'organisation d'une personne morale est retenu de façon récurrente par les juridictions pénales comme fondant sa responsabilité pénale dans le cadre d'infractions non-intentionnelles[920].

En revanche, il ne semble pas requis que les deux personnes (personne physique et personne morale) fassent l'objet de poursuites l'une et l'autre[921].

3. Troisièmement, comme nous l'avons vu, pour bénéficier du décumul, l'infraction ne doit pas avoir été pas été commise « sciemment et volontairement » par la personne physique identifiée, auquel cas l'exception du cumul trouverait à s'appliquer. L'exemption de peine ne s'applique ainsi que « pour autant, toutefois, qu'il s'agisse soit d'une infraction commise par imprudence ou négligence, soit d'une infraction réglementaire »[922].

Le cumul (facultatif ?) des responsabilités en cas d'infraction intentionnelle

Selon l'ancien art. 5, alinéa 2, *in fine* du Code pénal, lorsque « la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable », sans que le juge ne doive apprécier la gravité de la faute de chacune d'elles[923].

> « (…) il résulte de cette disposition que si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement au sens de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, la cause d'excuse absolutoire qui y est prévue ne saurait s'appliquer, ce qui exclut la problématique de la faute la plus grave »[924].

L'objectif poursuivi par cette règle vise à « éviter que le décumul de principe débouche sur un système de déresponsabilisation des personnes physiques »[925].

La section francophone de la Cour de cassation a estimé à ce titre que le cumul des responsabilités reste néanmoins *facultatif*[926] :

---

920 *Doc*., Sénat, 1998-1999, n° 1217/1, p. 5. Voy., par exemple, D. VAN GERVEN, « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *op. cit.*, p. 961 ; F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 143 ; V. FRANSSEN et R. VERSTRAETEN, *op. cit.* Voy., également, les décisions récentes : Cass., 26 septembre 2017, *Pas*., 2017, n°498 *;* Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr*., 2019/3, p. 236.

921 Cass., 9 novembre 2004 ; Cass., 22 juin 2011, *N.C*., 2011, p. 381, note V. Franssen *et al*. Voy., également, Pol. Charleroi, 18 décembre 2008, *J.J.P.*, 2009, p. 152. *A fortiori*, la Cour de cassation a pu décider que la seule circonstance que deux des trois gérants d'une personne morale ne soient pas également poursuivis n'exclut pas que la personne morale puisse être déclarée pénalement responsable (Cass., 19 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 453).

922 Cass., 6 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1114. Voy., aussi, Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, I, p. 511 ; Cass., 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 273 ; Cass., 14 février 2007, *A.C.,* 2007/2, p. 371.

923 Cass., 13 mars 2018, *Pas*., 2018, p. 590 ; Cass., 12 septembre 2006, *A.C.,* 2006/9, p. 1698 ; Cass., 23 septembre 2008, *A.C.,* 2008/9, p. 2045 ; Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr*., 2019/3, p. 236

924 Cass., 6 février 2018, *Rapport annuel 2018 – Quelques arrêts importants*, 2018, p. 56. Voy., également, Cass., 2 février 2016, R.G. n° P.14.0992.N. ; Cass., 8 avril 2014, *Pas.*, 2014, p. 933. L'exemption de peine ne s'appliquerait que « pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence » (Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, I, p. 511 ; Cass., 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 273 ; Cass., 14 février 2007, *A.C.,* 2007/2, p. 371.).

925 *Doc. parl.*, Ch., 1998-1999, n° 2093/5, p. 15.

926 Cass., 25 mai 2016, *A.C.*, 2016/5, p. 1193.

> « Si l'infraction est volontaire, la personne physique peut mais ne doit pas être condamnée en même temps que la personne morale » [927]. C'est donc au juge qu'il revient de décider, au cas par cas, de condamner ou non conjointement les personnes physiques et morale identifiées.

Un arrêt récent de section néerlandophone de la même Cour abonde cependant en sens contraire, et soutient le caractère *obligatoire* dudit cumul :

> « Il résulte de la genèse légale et de l'objectif de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal que, si le juge constate, dans son appréciation de la cause exclusive de peine insérée par cette disposition, que la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, il est tenu de condamner tant la personne morale que cette personne physique. Cette disposition ne permet pas qu'en pareille occurrence, le juge apprécie librement s'il va condamner tant la personne morale que la personne physique ou seulement l'une d'elles ou subordonne cette appréciation à sa propre appréciation des fautes commises respectivement par la personne morale et par la personne physique » [928].

L'on peut s'étonner de ce dernier arrêt et de la dissonance entre les deux sections de la Cour, le libellé même du texte légal plaidant pour un cumul *facultatif* des responsabilités (qui « peut » être prononcé).

L'expression « sciemment et volontairement » a également suscité des difficultés d'interprétation qui rejoignent celles liées à la définition de l'élément moral de l'infraction[929].

Selon la jurisprudence dominante, l'expression renvoie à l'intention concrète du résultat et s'applique tant aux infractions intentionnelles que non-intentionnelles[930]. Cette position est synthétisée par la décision suivante :

> « La question de savoir si l'infraction a été commise sciemment et volontairement se pose tant pour les infractions intentionnelles que pour les infractions par défaut de prévoyance ou de précaution, la Cour de cassation ayant rappelé que « commettre une infraction sciemment et volontairement » signifie agir « consciemment et en dehors de toute contrainte ». Autrement dit, une infraction par négligence ou défaut de précaution peut être commise de manière tout à fait consciente et volontaire, auquel cas le cumul des responsabilités est possible. Dans cet ordre d'idées, afin de déterminer si une

---

927 Cass., 6 mai 2015, *Pas*., 2015, p. 1113.

928 Cass. 13 mars 2018, *Dr. pén. entr*., 2020/1, p. 25.

929 Voy. *supra*, Chapitre II. L'infraction, Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction, § 3. L'élément moral, B. L'état d'esprit, 1. Le dol.

930 Cass., 2 février 2016, R.G. n° P.14.0992.N ; Cass., 4 mars 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 1022 et *Pas*., 2004, n° 149, concl. Av. gén. M. De Swaef : « cette disposition s'applique tant aux délits intentionnels qu'aux délits commis par défaut de prévoyance ou de précaution » ; Cass., 7 septembre 2004, *Pas*., 2004, n° 387 ; Cass. 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 273, concl. Av. gén. D. Vandermeersch : « le juge doit avoir égard à l'état d'esprit concret de celle-ci [la personne physique] au moment où elle pose l'acte qui engage sa responsabilité et non à la qualification légale du fait » ; Cass., 14 février 2007, *A.C.,* 2007/2, p. 371 ; Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr*., 2019/3, p. 236 ; Gand, 7 septembre 2017, *R.A.G.B.*, 2019, p. 215 ; Mons, 3 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 45 ; Gand, 17 octobre 2003, *T.M.R.*, 2004, p. 202.

> personne a agi sciemment et volontairement, le juge doit avoir égard à l'état d'esprit concret de la personne au moment où elle pose l'acte litigieux. »[931].

Cet extrait nous permet de dégager deux observations clefs concernant l'expression « sciemment et volontairement ».

Tout d'abord, il suffit d'identifier que l'auteur agit dans un état d'esprit en connaissance de cause et sans contrainte. Ainsi, il n'est pas nécessaire que celui-ci agisse de mauvaise foi ou frauduleusement[932].

Ensuite, une infraction non-intentionnelle peut aussi emporter le cumul des responsabilités de la personne physique et morale. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé la décision en appel condamnant d'abstention coupable[933] le gérant d'une société qui estimait que son infraction constituait une négligence et estimait ainsi pouvoir bénéficier d'une cause d'excuse absolutoire :

> « Le tribunal correctionnel a condamné le prévenu, gérant unique d'une société privée à responsabilité limitée unipersonnelle, du chef d'infraction à l'article 67*ter* de la loi du 16 mars 1968, pour avoir omis de remplir le formulaire de réponse et de le renvoyer. (…) Il résulte de cette disposition [ancien article 5, al. 2] que si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement la cause d'excuse absolutoire qui y est prévue ne saurait s'appliquer (…). En l'espèce, les juges d'appel ont considéré souverainement que la personne physique avait agi sciemment et volontairement. »[934].

L'identification de l'élément moral dans le chef de la personne morale n'est donc pas chose aisée. Le juge l'appréciera en général sur la base de critères que sont, (i) dans l'hypothèse d'une infraction non-intentionnelle : l'organisation interne déficiente, le manque de formation du personnel, les restrictions budgétaires déraisonnables et/ou le caractère répétitif des infractions ; (ii) dans l'hypothèse d'une infraction intentionnelle : la décision de l'organe de l'entreprise ou des instances dirigeantes de commettre ou de laisser commettre une infraction, le consentement

---

931 Mons, 12 décembre 2018*, Dr. pén. entr*., 2019/3, pp. 235-236, renvoyant à Cass., 4 février 2014, *Pas.*, 2014, p. 359.

932 Cass., 2 février 2016, R.G. n° P.14.0992.N., disponible sur www.jurportal.be. Imaginons, par exemple, le cas d'un chauffeur-livreur qui, en retard, commet un excès de vitesse lors d'une livraison pour sa société. En dépassant la limite de vitesse à cause de son retard, le chauffeur était conscient et a agit sans contrainte. Il n'est pas nécessaire qu'une volonté frauduleuse ait sous-tendu sa démarche pour qu'on considère qu'il ait agit sciemment et volontairement et, de ce fait, pour voir sa responsabilité pénale cumulativement engagée à celle de la société (exemple emprunté à F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 151).

933 Cependant, la détermination d'une abstention coupable doit être suffisamment fondée, et ce, tel pour l'imputabilité morale, sur des éléments de fait (J. ROZIE, « 4 - Vrije wil en strafrecht : partners in crime ? »*, op. cit.*, p. 115). Ainsi, dans une situation au cheminement opposé, la Cour a jugé l'argumentaire développé en appel insuffisant : « De la seule circonstance qu'aucune réaction n'a été enregistrée de la part du demandeur 2, en sa qualité de personne physique-gérant de la demanderesse 1, qui est une personne morale, les juges d'appel ne peuvent déduire que ce même demandeur 2 a agi délibérément et, par conséquent, sciemment et volontairement au sens de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal. Le jugement attaqué qui statue différemment, ne justifie pas légalement la décision quant à la non-application de la cause d'excuse absolutoire. » (Cass., 26 septembre 2017, *Pas*., 2017, n°498). Voy. commentaire F. KUTY *et.al*., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 11.

934 Cass., 6 février 2018, *Rapport annuel 2018 – Quekques arrêts importants*, 2018, p. 55. Voy., également, Gand, 7 septembre 2017, *R.A.G.B.*, 2019, p. 215 commenté dans F. KUTY *et.al*., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 11. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que, sur base d'une série d'éléments de fait, le défaut de déclaration de l'occupation d'un travailleur résultait d'une abstention consciente, excluant, de ce fait, le mécanisme de cause d'excuse absolutoire

tacite certain de l'entreprise et culture de l'entreprise, l'absence d'opposition des organes en connaissance de cause, et/ou le caractère répétitif des infractions commises[935].

2. Pour les infractions commises à partir du 30 juillet 2018

De nombreuses critiques ont été émises à l'encontre du système de concours de responsabilités, jugé trop complexe et ambigu[936] de sorte que l'ancien article 5, alinéa 2 du Code pénal a été purement et simplement abrogé et la règle du décumul des responsabilités définitivement supprimée par la loi du 11 juillet 2018.

En vertu du nouvel alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal :

> « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé ».

Par conséquent, pour les infractions commises à partir du 30 juillet 2018, un régime unique de cumul des responsabilités pour toutes les infractions prévaut, comme c'est le cas en France et dans d'autres Etats. La loi semble ainsi s'en remettre à la libre appréciation du juge pour décider s'il y a lieu ou non de cumuler la responsabilité de la personne morale avec celle de la personne physique[937], et cela au regard des règles classiques d'imputabilité[938]. Certains considèrent dès lors que l'article 5 du Code pénal prévoit désormais un « cumul obligatoire » de responsabilité entre la personne morale et la personne physique[939].

---

935 Typologie reprise de V. FRANSSEN et R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 65 à 73. Pour d'autres critères d'appréciation, voy., notamment, D. VAN GERVEN, « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *op. cit.*, p. 960 et s. ; F. KUTY, *Principes généraux …*, *op. cit.*, p. 143 à 144. La Cour de cassation s'est récemment prononcée à ce propos en permettant au juge de déduire du fait qu'une personne morale n'a pas veillé à l'observation de certaines règlementations relatives à ses activités pour déterminer qu'elle a agi sciemment et volontairement, et donc intentionnellement (F. KUTY et.al., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 1100 citant Cass., 15 octobre 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1121); Voy., aussi, Cass., 17 décembre 2019, *Pas.*, 2019, p. 2319 : « une infraction est moralement imputable à une personne morale, entre autres, si elle résulte d'une décision prise sciemment et volontairement au sein de la structure hiérarchique de cette personne morale » (F. KUTY et.al., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, p. 473 citant cette décision).

936 La règle du décumul ne connaît par ailleurs pas d'équivalent dans les pays limitrophes à la Belgique (si ce n'est au sein de l'Union européenne). Voy. Rapport de la Commission de la Justice. *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 0816/006 ; exposé des motifs de l'art. 19 du Projet de Livre 1er du Code pénal.

937 Le nouvel article 5 du Code pénal « s'en remet à la libre appréciation du juge pénal pour décider d'appliquer ou non en l'espèce le concours des responsabilités entre la personne physique et la personne morale ». *Doc.,* Ch., 2017-2018, n° 816/3, p. 14.

938 A. LEROY, « La responsabilité pénale des personnes morales, version 2018 », *op. cit.*, p. 638. Comme l'indique F. KUTY : « Bref, le droit commun de la responsabilité pénale retrouve son empire. Les règles de la participation punissable doivent permettre d'examiner séparément pour chacun des prévenus, qu'il s'agisse des personnes physiques ou morales, s'ils ont commis une faute engageant leur responsabilité pénale » (« La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 1048). Voy, également, A. WERDING, qui précise que « les juridictions apprécient de la sorte si l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction existent dans le chef de chacune des personnes physiques et morales et, si tel est le cas, les deux sont condamnées » (« La responsabilité pénale des personnes morales : au revoir décumul, bienvenue responsabilité pénale de l'État ? », *op. cit.*, p. 80).

939 « On est donc passé d'un régime de décumul obligatoire en cas d'infraction commise par imprudence ou négligence, et de cumul facultatif en cas d'infraction commise sciemment et volontairement par la personne physique identifiée, à un régime de cumul obligatoire des responsabilités pénales de la personne physique et de la personne morale, pour autant que les poursuites soient simultanées et que les éléments matériel et moral de l'infraction soient établis dans le chef de chacune de ces personnes » (E. DE FORMANOIR, « La nouvelle loi sur la responsabilité pénale des personnes », *op. cit.*, p. 93).

S'inspirant de l'évolution législative découlant de la loi du 11 juillet 2018, le projet de réforme du Code pénal, actuellement débattu à la Chambre, adopte le même système : « Cette loi a supprimé la disposition inscrite à l'article 5, alinéa 2, du Code pénal définissant une règle sur le décumul de la responsabilité de la personne morale avec celle de la personne physique pour les mêmes faits. Désormais, la personne morale et la personne physique peuvent uniquement être poursuivies pour avoir commis une faute dans leur propre sphère de responsabilité. Il n'y a plus de décumul de responsabilité »[940].

Section 3. La participation criminelle

La participation criminelle est réglée par le chapitre VII du Code pénal en ses articles 66 à 69 du Code pénal[941].

La participation vise la situation où une infraction est commise par plusieurs personnes.

Le système, relativement complexe, mis en place par le législateur en 1867 part du principe que la participation n'est pas une infraction en elle-même, mais comme un élément qui se rattache à une infraction principale existant par ailleurs.

Nous examinerons, successivement, la manière dont le problème a été posé en droit pénal, les conditions générales de la participation criminelle, son champ d'application, les formes légales de la corréité et de la complicité, ainsi que le système répressif mis en place.

§ 1. Position du problème

Dans la sphère très large de tous ceux qui peuvent jouer un rôle quelconque dans la réalisation d'un acte délictueux, le législateur a déterminé celui ou ceux qui en porteront pénalement la responsabilité. Dans le Code pénal de 1867, « le régime juridique de la participation criminelle est dominé par le souci de limiter le champ du droit pénal et de protéger la liberté individuelle »[942].

Cette préoccupation se traduit de deux manières. D'une part, par la définition la plus précise possible des faits par lesquels il est possible de participer à un crime ou à un délit. Les articles 66 et 67 au Code déterminent ainsi les actes de participation et ces actes sont de stricte interprétation. D'autre part, par la distinction entre les auteurs, les coauteurs et les complices permettant de fixer des degrés dans la participation criminelle.

---

940 *Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0417/001, p. 77 (art. 19). Le projet de la Commission de réforme du droit pénal adoptait lui aussi le même système, sur la base des considérations suivantes : « Si l'on part du principe que la personne morale a une responsabilité pénale autonome, indépendante de la responsabilité pénale de la personne physique, il doit être possible, dans tous les cas, de poursuivre tant la personne morale que la personne physique comme auteur ou coauteur participant à l'infraction, l'appréciation pénale de la responsabilité de chacun étant laissée au ministère public, juge de l'opportunité des poursuites, et au juge. Chacune de ces personnes peut avoir commis une faute dans sa propre sphère de responsabilité. Les principes en vigueur du droit pénal, notamment en matière de participation criminelle, doivent permettre d'examiner séparément pour chacun des prévenus, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, s'ils ont commis une faute engageant leur responsabilité pénale ».

941 Nous n'envisageons pas l'article 68 relatif au recel des malfaiteurs qui constitue un délit spécifique.

942 Corr. Liège, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 925.

§ 2. Conditions de la participation criminelle

Pour qu'il y ait participation punissable, trois conditions générales doivent être réunies : la volonté de s'associer au même crime ou délit, l'exécution d'un des actes de participation prévus par la loi et l'existence d'une infraction principale.

A. La volonté de s'associer au même crime ou délit

La participation implique la collaboration de plusieurs personnes à la même infraction et l'action de chacun doit être raccrochée à celle des autres par un lien. Quelle est la nature de ce lien ? La participation criminelle suppose-t-elle un concert préalable entre les participants ? Plusieurs auteurs ont répondu par l'affirmative à cette question et ont considéré que la participation implique une sorte de « préméditation commune »[943], un pacte établi au préalable entre les participants[944].

Néanmoins, la jurisprudence semble avoir abandonné aujourd'hui cette conception rigoureuse de la participation qui se heurte à la généralité des termes utilisés aux articles 66 et 67 du Code pénal et qui aboutit à réduire sensiblement le champ de la participation criminelle.

Pour qu'il y ait participation criminelle, il faut la conjonction de trois éléments.

1. Tout d'abord, un élément de *connaissance* : il faut que l'agent ait connaissance du caractère délictueux de l'acte principal. En la matière, l'ignorance ou l'erreur sur le caractère illicite de l'acte principal élimine la participation : on ne peut pas participer à la réalisation d'un acte dont l'auteur principal ignore son caractère illicite. Cette connaissance doit porter sur toutes les circonstances qui rendent le fait punissable. Ainsi, participe à une escroquerie celui qui avait connaissance des circonstances de celle-ci, même s'il n'est pas condamné du chef des infractions qui ont constitué les manœuvres frauduleuses employées pour l'escroquerie[945]. *A contrario*, ne participe pas à l'infraction une personne qui facilite des contacts téléphoniques sans savoir que ces contacts avaient trait aux activités d'un groupe terroriste plutôt qu'aux activités caritatives d'un terroriste, et sans avoir connaissance de la circonstance qu'elle participait à un crime ou un délit déterminé[946].

2. Ensuite, il faut un élément de *volonté*, à savoir l'intention du participant de s'associer, de provoquer ou de favoriser l'acte principal[947]. Cette intention doit être certaine, même si la preuve de celle-ci, qui doit être rapportée par le ministère public, est difficile, surtout lorsqu'il n'y a pas concert préalable. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait condamné comme co-auteur un prévenu dans les circonstances suivantes : un père et son fils s'étaient rendus ivres à une fête de village. Le père et le fils avaient participé à une rixe, puis avaient quitté les lieux. Dans leur véhicule, après le départ, le père avait convaincu son fils de retourner à la fête pour se venger de leurs agresseurs. Le fils s'est exécuté,

---

943 R. LEGROS, « L'élément intentionnel de la participation criminelle », *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, p. 128, n° 23 ; *cf.* aussi J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. 1er, Liège, Imprimeries Nationales, 1965, p. 323, n° 243.

944 Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, *in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, p. 133, n° 306.

945 Cass. (2e ch.), 18 septembre 2018, *N.C.*, 2018, p. 599.

946 Cass., 15 mars 2017, *Pas.*, 2017, n° 187.

947 Cass., 5 octobre 2005, *R.C.J.B.*, 2006, p. 243, note Fr. Kuty.

et a foncé avec son véhicule pendant plusieurs minutes sur divers participants à la fête. La cour d'appel a considéré que le père, même en sa qualité de passager du véhicule, avait participé à la tentative de meurtre comme co-auteur : « La participation punissable à une tentative de meurtre suppose que le coauteur se soit associé sciemment et volontairement au dessein criminel de l'auteur, à savoir l'intention de tuer. La mort d'autrui est un résultat qui peut être voulu, désiré, escompté ou accepté comme étant une conséquence normale et prévisible de la violence déployée. Le fait que la victime ait survécu à ses blessures ou échappé à l'attentat qui la visait, en dépit des actes perpétrés contre elle par les auteurs, est une circonstance qui, indépendante de la volonté de ceux-ci, n'abolit pas en soi l'intention homicide. En tant qu'il soutient que la tentative de meurtre ne peut pas être déclarée établie dans le chef d'un participant qui n'a fait qu'accepter les conséquences mortelles prévisibles de la violence à laquelle il s'est délibérément associé, le moyen manque en droit »[948]. En revanche, l'intention de l'auteur ne nécessite pas qu'il ait connaissance de toutes les modalités d'exécution, ou qu'il soit animé par un dol spécial lorsque l'infraction en cause en suppose l'existence.

3. Enfin, la connaissance et la volonté doivent porter sur une *infraction déterminée* et non sur une infraction quelconque comme l'indique l'intitulé du chapitre VII du Code pénal qui traite « de la participation de plusieurs personnes au *même* crime ou délit ».

> « Il y a participation punissable au délit prévu par l'article 257, § 3, de la Loi générale sur les douanes et accises qui requiert un acte positif, à savoir donner sans autorisation une autre destination aux marchandises et les soustraire ainsi au transit, lorsque le coauteur fournit une forme de coopération audit délit prévu par la loi, sait qu'il coopère audit délit et a l'intention de coopérer audit délit »[949].

Un arrêt rendu par la cour d'assises de Bruxelles le 7 mars 2019[950] illustre parfaitement l'application de cette condition.

L'affaire concernait un événement dramatique et fortement médiatisé, à savoir l'attentat du Musée juif perpétré en 2014. Aux côtés du principal accusé, Mehdi Nemmouche, un second individu était poursuivi. Il s'agissait de Nacer Bendrer, qui avait fourni les armes ayant servi à la commission de l'attentat.

Ce dernier a invoqué l'absence de connaissance précise de l'infraction à laquelle il participait pour rejeter sa responsabilité au plan pénal. La cour a rappelé que la participation suppose un comportement éclairé, la simple conscience de participer à un acte illicite sans plus de précision n'étant pas suffisante. Le participant doit avoir connaissance de la nature et du but de l'infraction, mais une connaissance précise et détaillée n'est pas requise. Néanmoins, la Cour a souligné que lorsqu'un individu renonce sciemment à savoir quelle est l'infraction projetée et renonce à son but, il ne s'ensuit pas qu'il contribue inconsciemment à cette infraction, mais qu'il veut participer en connaissance de cause à n'importe quelle infraction déterminée[951].

---

948 Cass., 2 octobre 2019, *Rev. dr. pén. cr.*, 2020, p. 365.

949 Cass., 22 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 344.

950 Cour ass. Bruxelles, 7 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1313. Pour un autre exemple, voy. Mons, 18 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1317.

951 La Cour s'est référée sur ce point à la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass., 16 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2021.

En l'occurrence, Nacer Bendrer avait connaissance de la radicalisation de Mehdi Nemmouche au moment où il lui a fourni les armes. En outre, le type d'armes fourni (armes de guerre) ne laissait aucun doute sur l'intention de Mehdi Nemmouche de faire usage de celles-ci dans le cadre d'infractions terroristes. Dans cette mesure, Nacer Bendrer a accepté, en connaissance de cause, de participer à l'infraction déterminée qui allait être commise par Mehdi Nemmouche, quelle qu'elle soit. La cour a donc conclu à la participation de Nacer Bendrer aux quatre assassinats terroristes.

B. L'exécution d'un des actes de participation prévus par la loi

1. La volonté de contribuer à l'infraction doit s'inscrire dans la matérialité des faits. Chaque participant n'a cependant pas réalisé tous les éléments de l'infraction puisque l'hypothèse même de la participation est la répartition des tâches. Par ailleurs, tout acte qui favorise l'infraction n'est pas nécessairement punissable.

Partant de ce double constat, le Code pénal détermine les actes par lesquels on peut participer à une infraction (art. 66 et 67 C.P.). Un acte de participation ne sera punissable que s'il rentre dans une des hypothèses limitativement énumérées par le texte, cette condition étant à la fois nécessaire et suffisante. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire que le participant ait l'intention de commettre l'infraction principale à laquelle il coopère : il suffit qu'il prête sciemment et volontairement son aide à l'exécution du délit par un des actes prévus par la loi. Ainsi, lorsqu'un groupe de personnes lance des projectiles vers une patrouille de police, il suffit qu'il soit établi qu'un prévenu a lui-même lancé des projectiles pour qu'il soit condamné au titre de la participation à l'infraction de coups et blessures, sans qu'il soit nécessaire de prouver que le projectile qu'il a lancé est directement à l'origine des lésions des policiers[952].

De même, il est possible de participer à une infraction que l'on ne pourrait commettre en tant qu'auteur. Telle est, précisément, l'hypothèse de l'article 100bis du Code pénal qui vise les personnes qui, n'étant pas soumises aux lois pénales militaires, ont participé à un crime ou à un délit réprimé par le Code pénal militaire[953].

2. En principe, la participation requiert un acte positif. La participation par abstention semble donc exclue car, d'une part, la participation suppose des faits par lesquels on concourt à l'exécution d'un crime ou d'un délit et, d'autre part, l'inaction est équivoque quant à l'intention de participer à l'infraction. Néanmoins, cette vision a connu une évolution importante, au sein de laquelle on peut distinguer deux cas de figure.

D'une part, la jurisprudence a admis l'existence d'une abstention « qualifiée » [954] ou « circonstanciée »[955] qui diffère de l'abstention purement passive. En effet, l'abstention peut, dans certaines circonstances, être assimilée à un acte positif de participation lorsqu'elle traduit une « intention de coopérer directement à l'exécution de l'infraction en contribuant à la

952 Liège, 6 septembre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1951.

953 Art. 100*bis* du Code pénal : « Elles [les dispositions du livre I du Code pénal] sont appliquées sans exception aux personnes qui, n'étant pas soumises aux lois pénales militaires, ont participé à un crime ou à un délit réprimé par le Code pénal militaire. Toutefois, l'emprisonnement militaire est remplacé par un emprisonnement de même durée et la destitution, portée comme peine principale, par un emprisonnement de deux mois à trois ans ».

954 S. VAN OVERBEKE, « Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding », *R.W.*, 1992-1993, p. 648 et s.

955 Corr. Neufchâteau, 17 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 87.

permettre ou à la faciliter » ou constitue un « encouragement » à la perpétration de l'infraction[956].

Un exemple type est celui de la victime d'un vol avec violences ou menaces confrontée à un groupe de personnes, dont une seule adopte un comportement actif. La présence de plusieurs individus, qui adhèrent au comportement d'un seul et le facilitent en impressionnant la victime par le nombre, rencontre la notion de participation[957]. En matière de viol, le fait pour le prévenu d'avoir été présent lors des agressions commises par d'autres membres de la bande a contribué à « un effet de groupe » qui tantôt « a empêché la victime de pouvoir s'enfuir ou se défendre » et tantôt « a eu pour conséquence de renforcer les auteurs dans leur détermination et de déforcer les capacités de résistance de la victime », de sorte que son comportement implique « une participation aux viols en qualité de coauteur et pas seulement une non-assistance à personne en danger »[958]. De même, participe à une tentative d'assassinat une personne qui n'est pas intervenue auprès d'un comparse pour qu'il ne tire pas d'emblée en direction des victimes ou s'abstienne de tirer[959]. La notion d'abstention coupable a également été retenue par la Cour d'assises de la province de Luxembourg pour condamner deux accusés qui se rejetaient chacun les actes ayant mené à la mort de la victime : aucun n'a accompli le moindre geste pour freiner ces actes, ils sont donc coauteurs[960].

En revanche, la notion d'omission ne peut être utilisée pour contourner l'impossibilité de démontrer l'existence d'un comportement constitutif de participation punissable. Il doit pouvoir être déduit sans aucun doute que l'omission d'agir équivaut à une forme de soutien ou d'encouragement à la commission de l'infraction[961]. Par exemple, lorsque trois auteurs discutent de la commission d'un vol sans l'envisager sérieusement, puis que l'un d'entre eux, immédiatement après et sans en avoir avisé quiconque, arrache le sac d'une personne âgée, le simple fait que les deux autres, pris par surprise, prennent la fuite avec l'auteur, ne démontre pas l'existence d'une intention de coopérer à la commission de l'infraction[962]. La discussion préalable, lors de laquelle la commission de l'infraction n'a pas réellement été envisagée, n'est pas non plus un élément suffisant.

D'autre part, l'abstention volontaire d'un individu qui doit pourtant agir en vertu d'une obligation légale ou contractuelle peut constituer une participation punissable. Il en est ainsi du contrôleur d'impôt qui convient de concert avec le contribuable qu'il ne procédera pas au contrôle qu'il devrait pourtant effectuer, permettant ainsi d'éluder l'impôt. Le fait qu'une personne condamnée ait « en qualité de rédactrice en chef, (...) volontairement omis de faire ce qu'elle savait être exigé par la loi, à savoir empêcher la publication (illégale) des photographies du mineur » et n'ait « pas pris les mesures nécessaires au respect des obligations légales propres à son activité professionnelle », est constitutif de participation[963]. Néanmoins, lorsque le

---

956 E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 565.

957 Cass., 17 décembre 2008, *J.T.*, 2009, n° 6370, pp. 693 et s. et *Rev. dr. pén. crim*., 2009, p. 483, concl. Av. gén. D. Vandermeersch. Voy., aussi, Gand, 25 juin 1999, *T. Strafr.*, 2001, p. 32, obs. T. Deschepper, « Deelneming door onthouding: wie met vuur speelt…».

958 Concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH, Cass., 17 décembre 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 444. En sens contraire, Corr. Dinant, 17 février 2009. *J.T.*, 2009, n° 6370, pp. 694 et s.

959 Corr. Bruxelles fr., 23 avril 2018, *J.L.M.B.,* 2018, p. 1539.

960 Cass., 26 juin 2019, RG. n° P.19.344.F, citée dans L. KENNES et D. VANDERMEERSCH, « Chronique de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2020, p. 209.

961 Cass., 18 février 2020, P.19.1117.N, https://juportal.be/.

962 T. corr, Liège, div. Liège (15ème ch.), 21 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1437.

963 Cass., 23 novembre 1999, *Pas*., 1999, I, n° 624.

prévenu conteste l'existence d'une obligation légale qui lui imposait d'agir positivement, le juge ne peut le condamner pour abstention coupable qu'en spécifiant le fondement légal de l'obligation d'agir[964].

> « La corréité par provocation directe (…) peut consister en un acte d'abstention lorsqu'il y a un devoir juridique d'agir, que l'abstention est intentionnelle et qu'elle constitue une incitation positive au délit »[965].

Cette évolution s'est traduite, en droit belge, en matière de violations graves du droit international humanitaire. Ainsi, l'article 136*septies*, 5° du Code pénal prévoit expressément l'inaction (intentionnelle) comme mode de participation criminelle : « sont punis de la peine prévue pour l'infraction consommée, l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une telle infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin ».

La consécration de cette évolution apparaît également dans le projet de Code pénal, qui incrimine, comme mode de participation criminelle, l'inaction « qui a encouragé ou facilité directement la commission de l'infraction »[966].

3. Enfin, la participation requiert un acte antérieur ou concomitant, ce qui écarte, en principe[967], la participation par une intervention postérieure à l'infraction, sauf si celle-ci est promise avant l'exécution matérielle de l'infraction pour la faciliter.

> « Seul un acte positif, préalable à l'exécution de l'infraction ou concomitant peut constituer la participation à un crime ou à un délit au sens de l'article 66 du Code pénal. Toutefois, des actes postérieurs à la commission de l'infraction peuvent être constitutifs d'une participation punissable lorsqu'ils ont fait l'objet d'une concertation préalable et qu'ils s'intègrent ainsi dans le plan prévu pour la commission de l'infraction »[968].

Un arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 2020[969] est cependant venu jeter un doute sur cette affirmation. La Cour a dû se prononcer dans une affaire où, malgré un accord préalable à la commission des faits, le prévenu s'était abstenu d'agir. Ainsi, le prévenu s'était engagé à faire sortir du port d'Anvers une cargaison de drogue après son acheminement jusque dans les installations portuaires. Il n'a cependant pas mis cette promesse à exécution. La Cour d'Anvers, approuvée par la Cour de cassation, l'a malgré tout condamné sur fondement de l'article 66, alinéa 3 du Code pénal, qui condamne ceux qui « par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis ». Cette motivation est discutable, dans la mesure où l'on peut difficilement parler d'une aide ou d'une assistance indispensable sans que la promesse ait finalement été suivie d'un acte concret. En revanche, on pourrait considérer, dans un tel cas, qu'il y a eu provocation (article 66, alinéa 4 du Code pénal) à commettre l'infraction, si la promesse d'agir a décidé l'auteur principal à

---

964 Cass., 12 septembre 2017, *Pas*., 2017, n° 464.

965 Cass., 26 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 129.

966 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal., op. cit.*, p. 3 (art. 18).

967 Voy. Cass., 7 juillet 1947, *Pas.*, I, p. 320, note R.H. ; Cass., 12 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 256 où la jurisprudence a, en matière de vol, retenu la participation pour des actes commis postérieurement à l'infraction.

968 Cass., 26 avril 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 947, note F. Kuty.

969 Cass., 3 novembre 2020, *R.A.G.B.*, 2021, p. 138, obs. V. Vereecke.

commettre les faits[970]. Sans promesse d'acheminement de la drogue hors du port, l'auteur principal n'aurait pas pris la peine d'amener celle-ci jusque-là. En ce sens, on peut considérer qu'une promesse préalable, même sans réalisation postérieure à l'infraction, a provoqué l'acte principal et justifie donc une condamnation en tant que coauteur.

C. L'existence d'une infraction principale

Le système belge se rattache à la théorie de la criminalité d'emprunt : pour être punissables, les actes de participation doivent se rattacher à une infraction principale. Le législateur de 1867 n'a envisagé la participation criminelle que comme un aspect occasionnel, accidentel de l'infraction et non comme une forme courante de la criminalité. Autrement dit, les actes de participation sont des modalités d'exécution de l'infraction et non des infractions elles-mêmes[971]. La théorie de la criminalité d'emprunt signifie que l'acte de participation emprunte son caractère criminel à l'infraction principale à laquelle il se rattache.

La participation doit donc être distinguée des infractions autonomes qui impliquent nécessairement, pour leur existence, la participation de plusieurs personnes. Il en est ainsi, par exemple, du complot (art. 111 C.P.), de la subornation de témoins (art. 223 C.P.), de la corruption de fonctionnaires (art. 252 C.P.), de l'association dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés (art. 322 C.P.)[972]. La pluralité d'auteurs peut également constituer une circonstance aggravante, comme en matière de violation de domicile (art. 440, al. 3 C.P.) ou de vol (art. 471, al. 6 C.P.).

Pour qu'il y ait participation punissable, l'infraction principale doit être consommée. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Liège condamnant un prévenu qui avait incité ses coprévenus à se charger d'une « expédition punitive », à laquelle il n'avait finalement pas participé. Le prévenu maintenait qu'il ne pouvait être condamné comme coauteur d'une infraction à l'exécution de laquelle il s'était soustrait. La cour a constaté que le désistement de l'intéressé était intervenu après l'acte de participation (l'incitation des coprévenus à commettre l'infraction), de sorte que ce désistement intervenu par la suite était sans incidence sur sa participation à l'infraction, qui avait été consommée[973].

Bien que cela ne soit pas envisagé par les articles 66 et 67 du Code pénal, la jurisprudence admet que la participation à la tentative est punissable dès lors que les conditions de la tentative et de la participation sont réunies dans le chef de l'auteur de l'infraction. En revanche, la tentative de participation n'est pas punissable.

Enfin, il va de soi qu'il n'y a pas de participation punissable à un fait qui ne constitue pas une infraction (le suicide par exemple), qui est prescrit ou qui est objectivement justifié (par la légitime défense, notamment).

---

970 Fr. KUTY *et. al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 423.

971 C'est la raison pour laquelle, en Belgique, les tribunaux belges sont compétents pour connaître de l'infraction principale commise en Belgique, mais aussi de tous les actes de participation commis à l'étranger.

972 Bruxelles (mis. Acc.), 17 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 125.

973 Cass., 20 mars 2013, R.G. n° P.13.0016.F, disponible sur www.jurportal.be, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

§ 3. Le champ d'application de la participation

Aux termes des articles 66 et suivants du Code pénal, les règles sur la participation criminelle contenues dans le Code pénal s'appliquent à tous les crimes et délits du livre II du Code pénal, à l'exception du titre X relatif aux contraventions[974].

La Cour de cassation a cependant décidé que dans la mesure où le législateur consacre, notamment dans l'article 66 du Code pénal, un principe général gouvernant l'application de la loi pénale, il n'a entendu apporter aucune restriction à cette application : « que doivent donc être tenus comme auteurs d'une infraction, fût-elle une contravention, tous ceux qui par leurs agissements personnels ont directement coopéré à l'exécution du fait érigé en infraction de manière telle que, sans la part prise par eux à cette exécution, l'infraction n'eût pas été commise ainsi qu'elle l'a été »[975].

Par ailleurs, aux termes de l'article 100 du Code pénal, les règles sur la participation du livre Ier ne s'appliquent pas aux infractions prévues par les lois et règlements particuliers. Toutefois, ces derniers peuvent déroger à l'exception et rendre applicable le chapitre VII, ce qui est fréquent[976].

Enfin, la structure de certaines infractions est incompatible avec la notion de participation. Il en est ainsi des infractions par défaut de prévoyance et de précaution, appelées également infractions d'imprudence, à défaut d'élément intentionnel. Le projet de Code pénal, propose ainsi d'exclure expressément de la participation punissable, les infractions commises par défaut de prévoyance ou de précaution[977].

§ 4. Les formes de la participation

Le Code pénal répartit les formes de la participation en deux catégories : les actes de corréité (auteurs et coauteurs) et les actes de complicité[978].

Il convient de noter que le projet de Code pénal supprime la distinction entre complicité et corréité[979].

A. La corréité

L'article 66 du Code pénal concerne la corréité qui inclut les actes d'auteurs et de coauteurs. Ces termes ont un sens identique en droit pénal comme l'affirme la Cour de cassation :

---

974 En revanche, la participation criminelle s'applique aux délits contraventionnalisés (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, t. 1er, p. 323, n° 262).

975 Cass., 6 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 316.

976 Voy., notamment, l'art. 6 de la loi sur les drogues du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes ou antiseptiques : « Les dispositions du Livre I du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables aux infractions prévues par celle-ci ».

977 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal, op. cit.*, p. 4 (art. 18).

978 Voy. l'analyse complète du Répertoire pratique du droit belge, vo Infractions et répression en général, Bruxelles, Bruylant, 1972., p. 569 et s.

979 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 3-4 (art. 18).

> « La loi n'établit pas de distinction entre l'auteur et le coauteur d'une infraction ; ces termes doivent être considérés comme ayant le même sens »[980].

Il y a trois modes de corréité prévus par la loi, que nous examinerons successivement, pour lesquels le coauteur d'une infraction est assimilé à l'auteur de celle-ci et puni comme tel.

1. L'exécution de l'infraction et la coopération directe (art. 66, al. 2 C.P.)

L'exécution d'un crime ou d'un délit est réalisée par l'accomplissement des actes matériels prévus dans la définition légale de l'infraction. La coopération directe à l'exécution d'un crime ou d'un délit vise, quant à elle, l'accomplissement d'actes matériels d'intervention qui ne correspondent pas en tant que tels aux actes matériels prévus par la définition de l'infraction, mais qui vont s'avérer décisifs dans la réalisation de l'infraction. « Ainsi, celui qui saisit la personne à qui on veut donner la mort ; celui qui lui lie les bras ; celui qui la bâillonne ; celui qui l'égorge, sont coauteurs de l'assassinat. Celui qui force la serrure ; celui qui garde à vue les habitants de la maison et les empêche, par des menaces, d'appeler au secours... sont coauteurs du vol »[981].

Tous ceux qui accomplissent des actes d'exécution ou de coopération sont qualifiés d'auteurs matériels, quelle que soit l'importance des actes accomplis, car la jurisprudence ne distingue plus les auteurs principaux et les auteurs secondaires[982]. Ainsi, dans une affaire où deux prévenus avaient agressé une personne, l'une en lui arrachant son sac et l'autre, en la poussant au sol, le tribunal de Liège a considéré que la qualité de coauteur était établie à charge des deux prévenus et ce, quels que soient les actes de participation de chacun[983].

2. L'aide indispensable (art. 66, al. 3 C.P.)

Est assimilé à l'auteur de l'infraction, celui qui apporte, par un fait quelconque, une aide indispensable à la préparation ou à l'exécution de l'infraction, c'est-à-dire une aide sans laquelle l'infraction n'eût pu être commise.

Comme le souligne J.J. HAUS, « cette disposition ne doit pas s'entendre dans un sens absolu (...) celui qui fait le guet pendant l'exécution du crime... ; celui qui, tandis que son ami enlève une personne, l'attend dans une voiture avec des chevaux ; celui qui a prêté sa maison pour un assassinat ; celui qui y attire la victime... celui qui sert de guide aux rebelles... sont tous coauteurs du crime ou peuvent du moins l'être »[984].

---

980 Cass., 5 octobre 2005, *Pas*., 2005, n° 481. Voy., également, Cass., 19 décembre 2006, *N.C.*, 2007, p. 224 ; Cass., 15 octobre 1986, *Rev. Dr. Pén.*., 1987, p. 166, note ; *R.W.*, 1987-1988, p. 20, note M. De Swaef ; Bruxelles (mis. Acc.), 9 novembre 2000, *Rev. Dr. Pén.*, 2001, p. 761.

981 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, p. 388, n° 509. Voy., également, Cass., 22 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 344, qui a reconnu qu'un agent en douane était coauteur d'une soustraction de biens en transit douanier dès lors qu'il fait sciemment une déclaration évasive ou tout autre acte de douane au nom de son client en sachant qu'il est incorrect.

982 Cass., 19 mai 1941, *Pas.*, I, p. 196 ; Cass., 6 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 316, Cass., 8 novembre 1994, *Pas.*, I, p. 918 ; Cass., 19 décembre 2006, *N.C.*, 2007, p. 224.

983 Liège (vac.), 7 juillet 2005, La Revue en ligne du Barreau de Liège.

984 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, *op. cit*., p. 389 à 390, n° 511.

Le caractère indispensable de l'aide se mesure par rapport à l'infraction telle qu'elle a été concrètement commise et doit être distinguée de l'aide simplement utile ou accessoire de la complicité. Cette appréciation de fait relève du pouvoir souverain du juge du fond[985].

> « La participation punissable à un vol est possible en réagissant positivement à la question de savoir si l'on est intéressé par 'l'achat' de biens que d'autres sont en train de voler. La réaction positive à l'égard des personnes qui volent les biens constitue une aide nécessaire au vol (art. 66, alinéa 3 C.P.), parce que sans la réaction positive, le vol n'aurait pas été commis de la manière dont il a été commis concrètement. En effet, moins de choses auraient été alors volées en l'espèce »[986].

Dans l'affaire de l'attentat du Musée juif dont il a été question précédemment[987], la cour d'assises de Bruxelles a également dû statuer sur la question de savoir si l'aide fournie par Nacer Bendrer à Mehdi Nemmouche revêtait le caractère indispensable visé par l'article 66, alinéa 3 du Code pénal.

La cour a considéré que tel était le cas, en retenant les éléments suivants :

- Mehdi Nemmouche n'a pas tenté de se procurer des armes auprès d'une autre personne que Nacer Bendrer ;
- Le trafic qui s'est déroulé entre Mehdi Nemmouche et Nacer Bendrer impliquait des déplacements entre Marseille et Bruxelles, ce qui supposait qu'il était impossible pour Mehdi Nemmouche de se fournir les armes recherchées auprès d'individus situés dans des zones plus proches de Bruxelles ;
- Mehdi Nemmouche s'est montré très insistant auprès de Nacer Bendrer, ce qui démontrait qu'il n'avait pas d'autre option que de s'adresser à lui pour l'obtention des armes ;
- L'enquête a démontré que les contacts auxquels Mehdi Nemmouche aurait pu s'adresser pour obtenir une aide n'étaient pas joignables à la période qui a précédé l'attentat.

3. La provocation directe (art. 66, al. 4 et 5 C.P.)

La provocation consiste soit à faire naître la résolution criminelle de l'auteur de l'infraction, soit à renforcer cette résolution. Le provocateur est considéré comme *l'auteur moral* de l'infraction, sa cause première.

Toutefois, pour pouvoir être incriminée comme acte de participation, la provocation doit être directe (un lien de causalité direct doit être démontré entre l'acte de provocation et l'infraction). Elle doit porter sur la réalisation d'une infraction déterminée : l'article 66, alinéa 4 du Code pénal parle ainsi d'auteurs qui « auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit ».

---

985 L'aide doit être nécessaire indifféremment de son importance (Cass., 3 décembre 2013, R.G. n° P.13.1366.N, www.jurportal.be ; Cass., 9 avril 1974, *Pas*., 1974, I, p. 823 ; Cass., 2 décembre 1975, *Pas*., 1976, p. 410 ; Cass., 7 février 1979, *Rev. Dr. Pén. crim.*, 1979, p. 392).

986 Anvers, 15 mars 2006, *N.C.*, 2007, p. 149, note J. Van Heule.

987 Cour ass. Bruxelles, 7 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1313.

Par ailleurs, conformément à la théorie de l'autonomie relative de la participation[988], elle doit être *suivie d'effets*, en ce sens que l'infraction doit être réalisée ou à tout le moins faire l'objet d'une tentative punissable[989].

Elle doit se réaliser selon l'une des deux formes prévues par le Code pénal. La provocation *privée* ou *individuelle* est celle qui s'adresse à une ou plusieurs personnes déterminées (art. 66, al. 4 C.P.). Il s'agit de ce que l'on appelle le mandat criminel[990]. A cet égard, la frontière entre auteur et coauteur est toutefois étroite. Ainsi, il a été jugé que « celui qui pour faire commettre une infraction utilise un tiers comme simple instrument, est lui-même l'auteur de cette infraction au sens de l'article 66, alinéa 2 du Code pénal et il n'en est pas l'auteur moral par provocation au sens de l'article 66, alinéa 4 du Code pénal »[991]. La provocation sera *publique* ou *collective* si elle s'adresse à un nombre indéterminé de personnes, souvent elles-mêmes indéterminées (art. 66, al. 5 C.P.). Elle implique nécessairement une publicité. La provocation publique est soit orale (discours tenus dans des réunions, des lieux publics)[992], soit écrite ou figurée (écrits, images, emblèmes, affiches distribuées ou vendues, mises en vente ou exposées au regard du public).

La provocation doit, en outre, se réaliser par un des *moyens énumérés limitativement* par le texte de ces deux alinéas : dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machination ou artifices coupables.

Par ailleurs, la provocation – comme mode de participation criminelle – doit être distinguée de la provocation ou de l'incitation à commettre une infraction incriminée dans le livre II du Code pénal ou dans des lois particulières et qui constitue une infraction autonome. Il en va ainsi de l'article 1er, al. 2, 1° de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie qui incrimine « quiconque qui, dans l'une des circonstances de l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance ou de son origine nationale ou ethnique » ou encore de l'article 3, § 2 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes ou antiseptiques qui punit ceux qui auront incité à faire usage des substances prohibées. Il en va de même en ce qui concerne l'article 3 de la loi du 16 mars 1999 modifiant la loi relative à la police de la circulation routière, coordonnée le 16 mars 1968 qui, en introduisant un article 37*bis*, punit « quiconque incite ou provoque à

---

988 Chr. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, t. I, 2e éd., Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1991, p. 292.

989 Une provocation non suivie d'effet peut néanmoins constituer une infraction autonome lorsqu'elle est prévue comme telle par la loi. Il en va ainsi, par exemple, dans l'article 136*septies,* 3° du Code pénal, introduit par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire qui punit de la peine prévue pour l'infraction consommée, la provocation à commettre des crimes de droit international humanitaire visés aux articles 136*bis*, 136*ter* et 136*quater* du Code pénal, même lorsque la provocation est non suivie d'effet.

990 Il a été jugé que cette disposition n'entraîne nullement une dérogation au principe selon lequel il n'y a pas de responsabilité pénale pour les faits commis par autrui, étant donné que c'est le propre comportement de celui qui incite autrui à commettre un crime ou un délit qui est ainsi puni (Bruxelles, 2 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 71).

991 Cass., 9 mars 1993, *Pas.*, I, p. 260. La personne qui fera usage d'un tiers comme simple instrument pour commettre l'infraction sera, en qualité d'*auteur médiat*, considéré comme le seul auteur.

992 *Cf.* Bruxelles, 2 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 71 qui a décidé qu'« en admettant même que cette disposition n'ait plus été appliquée depuis sa promulgation, elle n'est pas abrogée pour autant », pour la raison « qu'il n'y a pas, en droit pénal, d'abrogation par désuétude ». Le même arrêt décide qu'« il n'est pas prévu que ce mode de participation criminelle ne pourrait être retenu à propos de discours tenus dans le contexte d'un conflit social ».

conduire un véhicule ou une monture ou à accompagner en vue de l'apprentissage, une personne qui donne des signes évidents d'influence », à la suite de l'usage de substances stupéfiantes[993].

Enfin, la provocation comme forme de participation à l'infraction se distingue de la provocation comme cause d'excuse (art. 411 et s. C.P.) ainsi que de la provocation policière qui constitue une cause d'irrecevabilité de l'action publique au terme de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale[994].

B. La complicité (art. 67 C.P.)

Les cas de complicité sont déterminés à l'article 67 du Code pénal. Ils concernent, de manière générale, *l'aide* et *l'assistance,* non pas indispensables, comme dans le cadre de la corréité, mais accessoire, apportée aux auteurs du crime ou du délit « dans les faits qui ont préparé ou facilité [le crime ou le délit], ou dans ceux qui l'ont consommé » (art. 67, al. 4 C.P.). L'appréciation du caractère accessoire de la participation relève du juge du fond[995].

Dans l'affaire Dutroux, la chambre du conseil a défini la complicité comme « l'aide secondaire à la perpétration d'un délit ou d'un crime sans participation directe à son exécution » qui tend à « faciliter la réalisation du crime ou du délit par une intervention soit antérieure, soit concomitante à l'infraction »[996].

Parmi les multiples formes de l'aide ou de l'assistance, le Code pénal en retient trois : (1) la fourniture d'*instructions*[997] (art. 67, al. 2 C.P.), (2) la fourniture d'*armes*[998], d'*instruments* ou de *tout autre moyen matériel* (art. 67, al. 3 C.P.) destiné à commettre le crime ou le délit et (3) l'*aide accessoire* apportée dans le but de faciliter l'exécution de l'infraction (art. 67, al. 4 C.P.), mais sans laquelle l'infraction aurait quand même pu être commise.

Dans tous les cas, il faut un lien de causalité suffisamment étroit entre les instructions, les instruments ou l'aide fournis et l'infraction commise. À défaut, il y aura tentative de participation qui n'est cependant pas punissable[999].

---

993 Enfin, la loi du 10 août 2005 ayant établi un article 433 dans le Code pénal relatif à l'incitation de mineurs à commettre une infraction, en n'exigeant pas que l'infraction ait été effectivement commise et en se contentant de déterminer l'incidence de ce comportement sur les peines prévues pour le crime ou le délit commis ou projeté, paraît seulement avoir créé une nouvelle circonstance aggravante (voy. P. DE LE COURT, « L'article 433 nouveau du Code pénal ou l'incitation de mineurs à commettre une infraction », *Rev. Dr. Pén.*, 2006, p. 231).

994 Voy., *infra*, Chapitre IV. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 3. Les excuses.

995 Cass., 22 février 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 517. Le juge du fond ne peut toutefois considérer que les mêmes faits constituent à la fois une aide indispensable et une aide accessoire (Cass., 25 avril 2012, *Rev. Dr. Pén*., 2012, p. 1086, concl. Av. gén. D. Vandermeersch).

996 Corr. Neufchâteau (ch. Cons.), 17 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 87.

997 Cette forme a été étendue par la jurisprudence à la fourniture de *renseignements* lorsque, du fait de leur nature et de leur précision, ils ont constitué une aide sans laquelle l'infraction n'eût pu être commise (Cass., 14 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 160).

998 Voy. Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1214, concernant un prévenu condamné pour complicité de vol à main armée pour avoir sciemment et volontairement procuré l'arme en vue de commettre le crime même si ce dernier a été commis dans des circonstances différentes de celles prévues au départ.

999 L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Louvain-Amersfoort, Aco, 1990, p. 329 à 330, n^{os} 594-597. *Contra* : J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 426 à 429, n^{os} 562-565.

Par ailleurs, l'aide ou l'assistance doivent avoir été fournies avant ou pendant l'exécution de l'infraction principale. Selon J.J. HAUS, « on ne peut concevoir une complicité postérieure à l'infraction, parce qu'il est impossible de prendre une part quelconque à un crime qui est consommé et qui a pris fin »[1000]. Il convient toutefois de noter que selon certains les règles de la participation punissable trouvent également à s'appliquer en cas d'aide apportée après l'exécution du crime ou du délit mais proposée avant celui-ci[1001].

§ 5. La répression de la participation criminelle (art. 69 C.P.)

A. La détermination de la peine

Le régime répressif de la participation criminelle est gouverné par trois principes.

Tout d'abord, la participation criminelle ne modifie pas la gravité de l'infraction. « La base de la répression reste la peine applicable à l'auteur du fait agissant seul »[1002] et c'est par rapport à celle-ci que sera déterminée la peine du participant.

Ensuite, les participants subissent une peine *différente* suivant qu'ils ont commis des actes de corréité ou de complicité. Les coauteurs seront punis comme les auteurs (art. 66, al. 1 C.P.) ; ils encourent la même fourchette de peine que l'auteur. Les complices bénéficient eux d'une sorte d'excuse légale qui entraîne une diminution de la peine (sauf pour les crimes de droit international humanitaire)[1003]. Dans le cas d'un crime, les complices sont punis « de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient les auteurs du crime conformément aux articles 80 et 81 du présent code ». Ils seront cependant punis « de la réclusion de vingt ans à trente ans s'ils étaient complices d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité » (art. 69, al. 1 C.P. tel que modifié par la loi dite « pot-pourri II » du 5 février 2016). Dans le cas d'un délit, les complices encourront une peine qui « n'excédera pas les deux-tiers de la peine qui leur serait appliquée s'ils étaient auteurs de ce délit » (art. 69, al. 2 C.P.)[1004].

Enfin, la responsabilité pénale reste *personnelle*. Cela signifie que chaque participant, auteur, coauteur, complice, est puni dans les limites objectives prévues pour son acte, dès qu'il est reconnu que le fait principal tombe sous le coup de la loi pénale. Peu importe la responsabilité pénale et la peine infligée aux autres participants.

1000 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, *op. cit*.,n° 502.

1001 Voy., en ce sens, Cass., 12 mai 2004 R.G. n° P.04.0672.F, disponible sur www.jurportal.be; Cass., 27 octobre 2009, *Pas*., I, p. 2456.

1002 P.E. TROUSSE, « La participation criminelle en droit pénal positif belge », *Rev. Int. Dr. Pén*., 1957, p. 169.

1003 L'article 4, al. 5, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, punit de la peine prévue pour l'infraction consommée toutes les formes de la participation à un crime de droit international, qu'il s'agisse de la corréité ou de la complicité.

1004 Cass., 4 octobre 1983, *R.W.*, 1984-1985, col. 753.

B. Les circonstances aggravantes[1005]

L'articulation de la participation criminelle et des circonstances aggravantes soulève la question de la « communication » de ces dernières aux coauteurs et aux complices.

Il est très logiquement admis que les participants ne subissent pas les effets des circonstances *aggravantes personnelles* à savoir, les circonstances liées à l'auteur de l'infraction principale (parricide, infanticide, lésions corporelles volontaires envers son époux…).

En revanche, la majorité de la doctrine[1006] ainsi que la jurisprudence[1007], jusqu'à l'arrêt *Göktepe c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 juin 2005, considéraient que les circonstances aggravantes *réelles* ou *objectives* (vol avec effraction, vol commis la nuit, résultat des lésions corporelles telles une maladie, une incapacité, voire la mort), qui sont inhérentes à l'infraction, se communiquent aux participants, indépendamment de toute connaissance de leur part. Même l'erreur invincible, soutient R. LEGROS, « ne déchargerait pas les participants des circonstances aggravantes »[1008]. Il s'agit là de l'application de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité qui considère que la concertation préalable, inhérente à la participation, laisse présumer la connaissance des circonstances aggravantes objectives[1009]. En raison d'une règle d'équité et de vie sociale, ceux qui participent à une infraction ne peuvent décliner la responsabilité des conséquences qui en résultent et peuvent, par le seul fait de leur participation à l'infraction principale, se voir imputer les circonstances aggravantes objectives qui s'y attachent et infliger les peines correspondantes. La Cour de cassation a pu ainsi préciser, à propos des circonstances aggravantes attachées aux coups et blessures volontaires (art. 400 C.P.), qu'il n'est pas nécessaire que les participants aient voulu toutes et chacune des conséquences liées à l'infraction principale[1010]. Ou encore, que la peine infligée en cas de viol accompagné de séquestration (art. 376, al. 2 C.P.) frappe légalement chacun des prévenus, bien que certains d'entre eux n'ont pas participé à toutes les circonstances aggravantes objectives de l'infraction et même qu'ils les ont ignorées dans la mesure où « les circonstances aggravantes

---

1005 Sur les circonstances aggravantes, voy., *infra*, Chapitre IV. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 1. Les circonstances aggravantes.

1006 R. LEGROS, « L'élément intentionnel dans la participation criminelle », *op.cit.,* p. 128, n°23 ; P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *Les Novelles*, *Droit pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, n° 2800 et vol. 2, n° 4048 ; J. D'HAENENS, « Strafbare deelneming », *A.P.R.*, 1959, p. 111, n^{os} 310 et s. ; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, t. 1, p. 333 et s. ; R. DECLERCQ, « Tentative, participation et désistement », *Rapport belge au XII^{e} congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1986, p. 462 ; A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 1re éd., Gand-Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987 ; 2^{e} éd., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 327 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, n^{os} 579 et 802 ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 2^{e} éd., livre 1er, p. 302. *Contra* : M. FRANCHIMONT et G. DELEIXHE, « Aspects de la participation criminelle en Belgique », *Rev. Dr. Pén.*, 1955-1956, p. 906 ; Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 294 à 295 ; C. HENNAU-HUBLET, « La participation punissable : vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité ? », *Rev. Dr. Pén.*, 1990, p. 591 et s.

1007 Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1909 (*Pas.*, I, p. 232) jusqu'à récemment : Cass., 15 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1153 ; Cass., 24 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 363 ; Cass., 19 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 185 ; Bruxelles, 26 juin 1990 (Affaire dite du Heysel), *J.L.M.B.*, 1990, p. 1135 ; Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 8.

1008 R. LEGROS, « L'élément intentionnel dans la participation criminelle », *op. cit.*, p. 123, n° 14.

1009 Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, *in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, p. 133, n°306.

1010 Cass., 5 octobre 2005, *Pas*., 2005, n° 481.

objectives, inhérentes à un crime ou à un délit prévu par le Code pénal, préjudicient à tous les coauteurs »[1011].

L'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives à tous les participants – qui entraîne des conséquences très lourdes pour les coauteurs et complices quant à la peine – n'a pas, jusqu'à l'arrêt *Göktepe*, été jugée contraire au principe de la personnalité des peines ni aux droits de la défense dans la mesure où seule la culpabilité du coauteur dans l'infraction principale doit être examinée sans avoir égard à son implication dans les circonstances aggravantes. La cour d'assises n'était dès lors pas tenue de faire poser aux jurés des questions séparées pour chacun des coauteurs[1012].

C'est précisément sur ce cas qu'est intervenu l'arrêt *Göktepe c. Belgique* du 2 juin 2005 de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette décision constitue un tournant important dans la mesure où la Cour a jugé que l'absence d'individualisation de la question relative à l'existence de circonstances objectives dans le chef de chacun des participants est incompatible avec le principe du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

> « La question de l'implication personnelle du requérant, qui a toujours nié avoir porté les coups ayant conduit au décès de la victime, était donc déterminante pour l'exercice de ses droits de la défense (§ 28). Le fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point essentiel et entraînant des conséquences aussi sévères doit passer pour incompatible avec le respect du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention (§ 29) »[1013].

Cet arrêt, dont la position de principe a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Delespesse c. Belgique* du 27 mars 2008[1014], a mis fin à l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives à tous les participants[1015], sans que « les enseignements de l'arrêt se limitent au procès d'assises »[1016]. Dans un arrêt du 17 juin 2008, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure[1017], s'est engagée dans la voie de la condamnation de la théorie de l'emprunt de criminalité. La Cour estime en effet que les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux

---

1011 Cass., 11 mai 1994, *IDj*, 1995, p. 808.

1012 Cass., 16 février 1999, *Pas.*, 1999, p. 209. Plusieurs Cours d'assises ont cependant pris l'initiative de faire poser aux jurés des questions individualisées sur l'implication des coauteurs dans les circonstances aggravantes objectives. Voy. les arrêts cités par Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 296.

1013 Cour eur. D.H., 2 juin 2005, arrêt *Göktepe c. Belgique*. Voy. *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2005, p. 1247, note M. Nève; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1556, obs. N. Colette-Basecqz ; *J.T.*, 2005, p. 715, obs. P.-P. Renson et *Journ. Proc.*, 2005, n° 506, p. 19, obs M. Marechal.

1014 Cour eur. D.H., 27 mars 2008, arrêt *Delespesse c. Belgique :* « Le président de la cour d'assises ayant refusé d'individualiser les questions relatives aux circonstances aggravantes objectives qui furent posées au jury, celui-ci n'a pas été en mesure de décider, pour chaque accusé séparément, s'il devait être tenu pour responsable du meurtre » (§ 25).

1015 Voy., notamment, N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », *op. cit.*, p. 1564.

1016 P.-P. RENSON, « L'emprunt matériel de criminalité sérieusement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 716.

1017 Dans plusieurs arrêts postérieurs à l'arrêt *Göktepe*, la Cour de cassation estimait toujours que les circonstances aggravantes réelles de l'infraction se communiquaient à tous les participants à l'infraction. Voy. Cass., 5 octobre 2005, *R.C.J.B.*, 2006, p. 243, note F. KUTY : « La participation criminelle n'est pas irréductible à toute abstention ». *Cf.* aussi, Cass., 19 décembre 2006, *N.C.,* 2007, p. 224.

droits civils et politiques exigent « une appréciation distincte de ces circonstances dans le chef de chaque coauteur ou complice »[1018]. La position de la Cour de cassation a été en partie consacrée par la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises qui exige désormais que les jurés répondent aux questions, portant tant sur le fait principal que sur chacune des circonstances aggravantes, séparément et individuellement pour chaque coauteur (art. 329*quater* C.i.cr.).

Si la Cour de cassation tire les conclusions de ce raisonnement une fois encore à propos de la procédure en assises, il semble bien qu'elle « opère ici un revirement de jurisprudence et consacre explicitement, dans des termes généraux et sans se limiter à la procédure d'assises, le principe de la responsabilité individuelle »[1019].

Dans un arrêt *Haxhishabani c. Luxembourg* du 20 janvier 2011, la Cour européenne des droits de l'homme semble nuancer son propos en considérant que l'imputation de la circonstance aggravante objective de meurtre par les juridictions luxembourgeoises n'avait pas été opérée automatiquement bien qu'il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre. La Cour estime, après avoir souligné que les juridictions internes ont examiné en détail les faits ayant conduit au meurtre et le rôle d'instigateur joué par le requérant, que « la manière dont les éléments constitutifs de la circonstance aggravante furent appliqués au requérant est une déduction assimilable à une 'présomption' en matière pénale »[1020].

Il ressort de cette jurisprudence que l'existence d'une présomption n'est pas problématique aux yeux de la Cour, si l'application de cette présomption est accompagnée d'un examen concret et individualisé afin d'examiner si le co-auteur avait connaissance des conséquences possibles du comportement des autres participants et les a acceptées.

Cette position a été confirmée par la Cour dans un arrêt *Iasir c. Belgique* du 26 janvier 2016[1021]. Cette affaire concernait un vol commis par trois personnes, dont Monsieur Hassan Iasir. La police est intervenue alors que les trois auteurs quittaient le lieu du vol. Pour couvrir leur fuite, l'un des trois auteurs s'est saisi d'une arme de guerre et a tiré sur la voiture de police, tuant ainsi une policière. Monsieur Iasir contestait la circonstance aggravante de meurtre qui lui était imputée, arguant du fait qu'il n'avait pas lui-même tiré sur la voiture de police et n'avait pas voulu cette circonstance.

La cour d'assises, suivie en cela par la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme, a considéré que la nature des armes portées par les trois complices ne pouvait laisser aucun doute sur les conséquences potentiellement mortelles en cas d'utilisation, de sorte que Monsieur Iasir avait accepté la possibilité de la mort d'un tiers en se joignant au vol et en ne se désolidarisant pas de ses complices.

Comme le souligne D. VANDERMEERSCH, la circonstance aggravante ne devrait être imputée à un participant qu'à partir du moment où celui-ci « avait conscience que cette circonstance

---

1018 Cass., 17 juin 2008, *Pas*., 2008, n° 379.

1019 Voy., notamment, C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », obs. sous Liège, 10 avril 2008, *J.L.M.B*., 2009, n° 1, p. 30.

1020 Cour eur. D.H., 20 janvier 2011, arrêt *Haxhishabani c. Luxembourg*, § 37. Pour une analyse de cet arrêt, voy. Fr. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle : la jurisprudence *Haxhishabani* », *J.T.*, 2011, p. 360.

1021 Cour eur. D.H., 26 janvier 2016, arrêt *Iasir c. Belgique*,

constituait un élément ou une suite prévisible de la commission de l'infraction et que malgré la connaissance de cet élément, il ait persisté dans sa volonté de s'associer à l'infraction telle que prévue »[1022].

C'est ce raisonnement qu'a suivi la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2018[1023]. L'affaire concernait cinq prévenus, dont le plan initial visait à voler une victime en l'entravant et la bâillonnant dans son habitation. Au cours des événements, la victime s'est agitée et s'est montrée plus bruyante que prévu. Le prévenu dont la tâche était d'assurer sa surveillance, au lieu de l'assommer, a pris la décision en une fraction de seconde de lui tirer une balle dans la tête.

L'ensemble des prévenus était poursuivi pour vol avec violences, avec la circonstance aggravante de meurtre. La cour d'appel a cependant requalifié les faits en vol avec violence sans viser le meurtre pour quatre d'entre eux. La cour s'est notamment fondée sur le fait que ces derniers ignoraient que le tireur était porteur d'une arme à feu et que le plan d'origine se limitait à entraver la victime avec des liens, sans qu'il n'ait jamais été envisagé de lui donner la mort. La Cour de cassation a approuvé ce raisonnement. Il découle de cette décision que « la responsabilité pénale du chef de circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle requiert la connaissance de fait et le consentement à la commission de cette infraction connexe aggravante. La loi exige en effet une faute intentionnelle dans le chef des participants, qui suppose comme premier élément constitutif la connaissance »[1024].

Un arrêt récent de la Cour de cassation[1025] est venu confirmer cette ligne jurisprudentielle. L'affaire concernait un vol commis par deux auteurs. L'un d'eux, porteur d'un couteau, avait tué la victime avec celui-ci. Les deux accusés étaient poursuivis pour le vol et la circonstance aggravante de meurtre. La cour d'assises a estimé que le co-auteur pouvait être tenu responsable du vol, mais non du meurtre : certes, il avait connaissance du fait que son comparse avait un couteau sur lui et allait s'en servir, mais il n'avait pu déduire de cette seule connaissance que l'auteur principal se servirait de cette arme pour tuer intentionnellement la victime. Ce raisonnement a été avalisé par la Cour de cassation.

En conclusion, la théorie de l'emprunt de criminalité reste d'actualité, dans la mesure où « les actes de participation, dont il n'est pas requis qu'ils contiennent tous les éléments constitutifs de l'infraction, n'emportent la responsabilité pénale de celui qui les pose que parce qu'ils empruntent leur criminalité à l'acte légalement qualifié infraction commis par l'auteur

---

1022 D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4e éd., Bruxelles, La Charte, 2012, p. 125 à 126 ; voy., aussi, « La participation criminelle : questions d'actualités », *Droit pénal en questions,* Ch. Guillain et P. Jadoul (dir.), Bruxelles-Limal, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthemis, 2013, p. 17 à 22 et les arrêts cités : Cass., 13 avril 2010; Cass., 12 octobre 2011; Cour ass. Bruxelles-Capitale, 8 octobre 2011 ; Cour ass. Bruxelles-Capitale, 25 octobre 2011 ; Cour ass. Province Hainaut, 30 novembre 2012, et Cour ass. Bruxelles-Capitale, 11 octobre 2012.

1023 Cass. (2ème ch.), 20 juin 2018, *J.T.*, 2018, p. 717, obs. Fr. KUTY, « La responsabilité pénale du chef d'une circonstance aggravante réelle de nature intentionnelle : l'exigence de prévision de sa commission à l'exclusion de sa seule prévisibilité ».

1024 Fr. KUTY, « La responsabilité pénale du chef d'une circonstance aggravante réelle de nature intentionnelle : l'exigence de prévision de sa commission à l'exclusion de sa seule prévisibilité », obs. sous Cass. (2ème ch.), 20 juin 2018, *J.T.*, 2018, p. 719.

1025 Cass., 12 janvier 2022, inédit, R.G. P.21.1254.F, cité par F. KUTY, « Chronique semestrielle de jurisprudence. 1ère partie : principes généraux du droit pénal », *Rev. dr. pén. cr.*, 2022, n°5, p. 468.

principal »[1026]. Néanmoins, l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives à tous les participants, selon une application excessive de la théorie de l'emprunt de criminalité, est définitivement révolue.

Sur le plan des principes généraux et de ce que l'on pourrait appeler la moralité interne du droit pénal, une intervention législative serait nécessaire pour revoir le régime de la participation criminelle sur ce point et inscrire, dans le droit positif, le principe de la responsabilité personnelle des participants, et ce, à tous les stades du procès pénal.

C'est précisément ce qu'ont considéré les auteurs du projet de Code pénal, qui ont proposé « [d']apporter une réponse légale »[1027] à la jurisprudence de Strasbourg en intégrant l'exigence d'un élément de connaissance ainsi qu'un élément intentionnel dans le chef des participants pour pouvoir leur imputer les circonstances aggravantes objectives attachées à l'infraction principale.

En parallèle, on observe une évolution qui tend à incriminer l'entente, le concert entre plusieurs personnes, afin d'atteindre le groupe criminel dès sa naissance. Ainsi, l'adoption de certains textes législatifs traduit l'accent mis sur le danger que représente la participation de plusieurs personnes à l'infraction qui, souvent, prend la forme d'un groupe criminel, voire d'une criminalité organisée.

Ainsi, la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles rend punissable la seule appartenance à ce type d'organisation lorsqu'elle se réalise « sciemment et volontairement » (art. 324*ter* C.P.)[1028]. Comme l'observent A. DE NAUW et F. DERUYCK, « il s'agit en fait d'un nouveau chapitre punissant la participation. On ne pourra donc plus se limiter au livre Ier du Code pénal pour étudier les diverses formes de participation bien qu'on soit en droit de se demander si le texte ne sous-estime pas la portée actuelle des dispositions en la matière. Il en résultera immanquablement des cas de concours avec les articles 66 et suivants du Code pénal »[1029]. Il en va de même de la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes qui a inséré le nouvel article 140 du Code pénal qui rend dorénavant punissable la participation à une activité d'un groupe terroriste en ayant ou en ayant dû avoir connaissance que cette participation pourrait contribuer à commettre un crime ou un délit du groupe terroriste.

1026 F. KUTY, « Chronique semestrielle de jurisprudence. 1ère partie : principes généraux du droit pénal », *op. cit.*, p. 469.

1027 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal, op. cit.*, p. 82 et p. 4 (art. 19).

1028 Loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles (*M.B.*, 26 février 1999). Voy. I. ONSEA, « Wet betreffende de criminele organisaties : een eerste effectieve stap in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit ? », *Panopticon*, 1999, p. 278 et s.

1029 A. DE NAUW et F. DERUYCK, « Le droit pénal spécial belge à l'épreuve du crime organisé », *Rev. int. dr. pén.*, 1997, n° 3/4, p. 627 et s.

Section 4. La récidive

La récidive vise la situation de l'individu qui, après avoir déjà encouru une condamnation pénale définitive, fait l'objet de nouvelles poursuites[1030].

La matière de la récidive est une matière complexe qui réunit, tant sur le plan théorique que pratique, certaines des questions parmi les plus significatives du droit pénal. La place que les auteurs lui assignent dans l'étude du droit pénal révèle les différents versants de la notion. Certains envisagent la récidive comme une « rechute dans l'infraction » et la situe, dès lors, dans l'étude de l'infraction[1031]. D'autres s'attachent à l'effet de la récidive et ils rangent cette matière dans la détermination du taux de la peine[1032]. D'autres encore analysent la récidive parmi les questions relatives au délinquant[1033].

Si la prise en compte de la récidive par le droit pénal a toujours existé, il y a un non-dit dans la question pénale de la récidive : celui de l'impuissance ou de l'échec du droit pénal que la récidive entend rencontrer, alors qu'elle en est la marque visible[1034].

Le régime juridique de la récidive trouve sa source dans les articles 54 à 57 et 565 du Code pénal, ainsi que dans les articles 34*bis* à 34*quinquies* du Code pénal, insérés par la loi du 26 avril 2007 concernant la mise à disposition du tribunal de l'application des peines. Ajoutons que les lois particulières peuvent, conformément à l'article 100 du Code pénal, contenir des règles propres en matière de récidive. Il cnvient également de faire référence, outre au régime légal de droit positif, aux deux grands projets de réforme de la matière pénale : l'Avant-projet de Code pénal du Commissaire Royal Robert LEGROS[1035] et au récent projet de nouveau Code pénal porté par Joëlle ROZIE et Damien VANDERMEERSCH[1036], qui a fait l'objet d'une proposition de loi déposée à la Chambre des représentants[1037].

1030 Voy. Ch. GUILLAIN et O. NEDERLANDT, « Le régime légal de la récidive : entre approche classique et positiviste du droit pénal », *in La récidive et les carrières criminelles en Belgique*, coll. Les Cahiers du GEPS, Politeia, Bruxelles 2021, pp. 15 à 53.

1031 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *Les Novelles*, *Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol., pp. 465 et s.

1032 G. SCHUIND, « Remarques sur la récidive pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1923, p. 648 : « les règles de la récidive contribuent à l'établissement des peines » ; Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, La Charte, 2019, pp. 364 – 375 (Titre V. « Les éléments influençant le taux de la peine ») ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 4 éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 535 et s.

1033 R. LEGROS, *Droit pénal*, 2e vol., 5e ed., Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1980-1981, pp. 338 et s. ; Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit*., p. 522.

1034 « Il y a dérision à dire que la récidive doit être punie plus sévèrement parce qu'elle démontre l'impuissance d'une première correction » (A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, no 455, note 2).

1035 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, préface de J. GOL, vice-premier ministre et ministre de la Justice, Bruxelles, Moniteur, 1985, 216 p.

1036 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, Bruxelles, La Charte, 2016 ; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, Bruxelles, La Charte, 2019.

1037 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 2019, 55-417/001.

§ 1. La question des fondements

La matière de la récidive peut faire l'objet d'une lecture soit « classique », soit « positiviste »[1038], illustrant la tension constante du droit pénal entre les fictions fondatrices du pénal, qu'il s'agisse du libre-arbitre ou de la dangerosité.

Dans la perspective du *droit pénal classique* ou du « droit pénal de l'acte », où seule l'infraction peut être l'objet de la règle de droit, la reconnaissance légale de la récidive, dont l'unique effet est de permettre une aggravation de la peine, constitue de toute évidence une exception. Cet affleurement de la subjectivité, dans un système dominé par une approche objective, sera contenu dans des limites étroites liées à l'infraction elle-même. C'est le sens notamment des conditions légales de la récidive que nous examinons au point suivant. Comment toutefois fonder la récidive sur le plan pénal ? Pour des auteurs tels que A. Chauveau et F. HÉLIE ou P. ROSSI, la récidive caractérise la moralité de l'auteur[1039]. Plus précisément encore, J.J. HAUS estime que « l'aggravation de la peine que la loi attache à la récidive est fondée sur la présomption d'une plus grande culpabilité du délinquant »[1040]. En l'espèce, le recours à la présomption est significatif dans la mesure où celle-ci traduit clairement l'idée d'une entorse à la réalité afin de réaliser certains objectifs. Le caractère relativement gratuit de cette affirmation est souligné par d'autres auteurs qui estiment, au contraire, que les effets particuliers de l'habitude criminelle devraient permettre de reconnaître au récidiviste une diminution de responsabilité morale dans la mesure où elle détruit la liberté et, partant, efface l'imputabilité[1041]. La conséquence logique de cette position paraît insupportable : « À pousser un peu loin cette opinion, il faudrait conclure que la peine la plus forte sera réservée au premier délit, et la plus légère au dernier, pour la proportionner à une culpabilité qui irait en s'affaiblissant. Le récidiviste serait traité avec plus de douceur que le délinquant primaire : voilà qui met à nu l'absurdité du système »[1042].

Quant aux *positivistes* et partisans de la défense sociale ou d'un « droit pénal de l'agent », ils reconnaissent bien volontiers que la récidive entraîne une diminution de la culpabilité de l'acte et qu'à ce titre elle agit plutôt comme une circonstance atténuante. En revanche, ils adhèrent fermement à l'idée que la récidive accroît *l'état de danger* de celui qui, par habitude criminelle, s'isole et est isolé de la société[1043]. Il s'agit, en l'espèce, d'un état de danger criminel « à l'égard duquel le délit n'est qu'un simple élément de détermination »[1044]. Tout en constatant « que la prison est le véritable bureau de recrutement de l'armée des malfaiteurs » et que la récidive peut

---

1038 Voy. M. ANCEL, « Le récidivisme en droit comparé », *Rev. int. dr. pén.*, 1955, pp. 8 et s. ; M.-H. RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *Rev. sc. crim.*, 2000, pp. 319 et s.

1039 A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, t. 1, n° 196 ; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1re éd., Bruxelles, Louis Hauman et compagnie, Librairies, 1829; 3e éd., 2 vol., Paris-Genève, Sautelet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1863, t. III, p. 114.

1040 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris, Hoste-Thorain, 1re éd., 1869 ; 2e éd., 1874 ; 3e éd., 1879, repr., Bruxelles, Swinnen, 1979, t. II, p. 171, n° 893.

1041 Voy. ce débat dans G. DE MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, Bruxelles, L. Larose, 1897, pp. 10 et 11.

1042 Ibid.

1043 G. TARDE, *La philosophie pénale*, Paris, Cujas, 2e éd., 1888, pp. 260 et s.

1044 H. BEKAERT, *Les principes de la récidive dans le droit pénal classique*, Louvain, Imprimerie administrative, 1939, p. 7.

trouver sa cause dans « l'effet déplorable de l'intervention judiciaire »[1045], notamment en ce qui concerne les courtes peines de prison, les mesures de défense sociale envisagées se concentrent paradoxalement sur le seul individu[1046]. Progressivement, comme le souligne H. BEKAERT, la récidive est considérée comme la démonstration de « l'existence d'une délinquance *différente* par sa nature et ses causes de la délinquance occasionnelle »[1047]. Les récidivistes deviennent ainsi une catégorie spéciale de délinquants, délinquants professionnels, d'habitude, et ils sont rangés parmi le groupe criminel des adolescents coupables, des anormaux et des aliénés. Ces « antisociaux normaux » occupent une place privilégiée dans de nombreuses législations positivistes en Europe depuis la fin du XIXe siècle[1048], notamment en Belgique dans la loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930[1049].

Le récidiviste est ainsi soumis à un régime pénal et potentiellement à un régime de défense sociale. Cette tension dans les fondements de la récidive se ressent dans le régime juridique actuellement applicable, qui reste marqué par certaines incohérences[1050].

Dès l'adoption du Code pénal, l'idée que la récidive est la mesure de l'efficacité du système pénal a été relativisée : « Au point de l'utilité, la récidive est un grave symptôme de l'inefficacité de la loi répressive du condamné. Assurément, le législateur n'a point la prétention d'édicter une répression complètement efficace même à l'égard du délinquant. Une telle perfection dans les lois supposerait l'amendement possible de toutes les perversités, de tous les vices, de tous les tempéraments et la toute-puissance législative sur le présent et sur l'avenir,

---

1045 G. DE MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, Bruxelles, L. Larose, 1897, p. 7.

1046 Dans son rapport fait au nom de la Commission du gouvernement, HAUS observait aussi que la responsabilité de la récidive retombe en partie sur la société elle-même (*in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1867-1870, t. II, p. 94, n° 208). Sur l'individu, lieu commun d'application de la réaction sociale dans la théorie classique et positiviste, *cf.* M. VAN DE KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de Chr. Debuyst, avec la collaboration de Fr. Tulkens, Genève, Masson-Médecine et Hygiène, coll. Déviance et société et Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1981, p. 293.

1047 H. BEKAERT, *Les principes de la récidive dans le droit pénal classique*, Louvain, Imprimerie administrative, 1939, p. 22. Sur ces types de délinquance, voy. A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe et Librairie A. Marescq ainé, 1899, pp. 298 à 306. Avec du recul, nous percevons le danger des constructions juridiques fondées sur les explications scientifiques.

1048 En France, la loi du 27 mai 1885 institue pour les récidivistes la relégation qui est une mesure de sûreté (elle sera remplacée en 1970 par la tutelle pénale) tandis que la loi Béranger du 26 mars 1891 introduit la distinction entre les délinquants d'occasion et les délinquants d'habitude. En Angleterre, le *Prevention Crime Act* de 1908 prévoit une mesure d'élimination provisoire ou définitive pour le délinquant d'habitude réputé incorrigible tandis que le *Criminal Justice Act* de 1948 introduit, d'une part, le *corrective training* (formation de rééducation prolongée) et, d'autre part, la *preventive detention* (internement de sûreté) à l'encontre des *persistent offenders* qui paraissent dangereux pour la sécurité publique. Le *Criminal Justice Act* de 1967 a remplacé ces mesures par des *extended sentences*. En Allemagne, l'article 66 du Code pénal (introduit par la loi du 24 novembre 1933, modifiée par la loi du 25 juin 1969) prévoit un internement de sûreté obligatoire pour les récidivistes graves et facultatif pour les délinquants d'habitude, tandis que l'article 65 impose le placement dans un centre de thérapeutique sociale des récidivistes ayant des troubles graves de la personnalité. En Italie, les articles 102 et suivants du Code pénal de 1930 prévoient des mesures pour les délinquants d'habitude et par tendance.

1049 P. CORNIL, « Le problème de la récidive et la loi belge de défense sociale », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 767 et s.

1050 Le droit comparé est intéressant en cette matière. Voy. A. DE NAUW, « Les nouvelles techniques de la récidive en droit comparé », *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, pp. 351 et s.

espérances évidemment chimériques »[1051]. La récidive représenterait, au contraire, l'échec ou l'impuissance du droit pénal à remplir sa fonction dissuasive consistant à prévenir la commission de nouvelles infractions[1052].

Le paradoxe est, qu'à cet échec du pénal que souligne la récidive (inefficacité de la première condamnation), on répond par un alourdissement de la répression : aggravation de la peine, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, révocation de la suspension du prononcé ou du sursis, durcissement des conditions pour obtenir la réhabilitation, report de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. Comme le soulignent CHAUVEAU et HÉLIE, « il y a dérision à dire que la récidive doit être punie plus sévèrement parce qu'elle démontre l'impuissance d'une première correction »[1053]. Et de fait, une étude récente de l'Institut national de criminalistique et de criminologie (INCC) démontre que le taux de récidive est plus élevé pour les personnes ayant été condamnées à une peine privative de liberté[1054].

L'avant-projet de Code pénal (2016) estime qu'il y a lieu de modifier les règles relatives à la récidive, dans la mesure où il n'existe aucune étude scientifique démontrant que les récidivistes doivent être punis plus sévèrement. En effet, « il est impossible de justifier une peine plus grave lorsque l'on ne peut motiver l'objectif poursuivi par la sanction ». Or, les recherches en la matière démontrent que « des peines plus lourdes ne préviennent pas la rechute criminelle » et que « les personnes condamnées à une peine privative de liberté présentent (…) un risque de récidive plus élevé que les autres »[1055].

§ 2. Les conditions légales de la récidive

Pour les auteurs classiques, la récidive est considérée comme une sorte de « circonstance aggravante personnelle »[1056] propre à l'auteur de l'infraction et fondée sur la tendance à la délinquance du prévenu, qui permet au juge, dans les limites prévues par la loi, d'user de plus de rigueur dans la répression[1057]. Techniquement, elle ne l'est cependant pas, comme l'a rappelé la Cour de cassation :

> « La récidive légale n'est pas une circonstance aggravante personnelle, mais un état, qui, non seulement est susceptible d'entraîner une majoration de la peine au-delà du maximum légalement prévu et de justifier, dans certains cas, la prononciation d'une mise à la disposition du gouvernement, mais encore, par l'effet même de la loi, place automatiquement le condamné dans une situation plus défavorable que le délinquant

---

1051 Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. ROUSSEL, *Doc. parl.*, Chambre, 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 10. Voy., aussi, P. LANDREVILLE, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et société*, 1982, pp. 375 et s.

1052 P. LANDREVILLE, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et société*, 1982, pp. 375 et s.

1053 A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, 2e éd. belge annotée par J.S.G. NYPELS, 2 t., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1859, no 455, note 2).

1054 B. MINE et L. ROBERT, « La récidive après une décision judiciaire. Des chiffres nationaux sur la base du Casier judiciaire central » INCC, 2015 (rapport consultable sur http://incc.fgov.be).

1055 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal, op. cit., p. 150-153.

1056 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. II, p. 161, no 883; Cass., 25 avril 2001, *Pas*., 2001, n° 231; Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 1094, concl. Av. gén. D.Vandermeersch.

1057 Cass., 20 août 1964, *Pas.*, I, p. 1188 ; Cass., 24 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 637.

> primaire en ce qui concerne l'obtention éventuelle de la libération conditionnelle et de la réhabilitation »[1058].

La récidive n'est admise qu'à deux conditions – on parle aussi des deux termes de la récidive – : une condamnation antérieure et une infraction nouvelle.

Ces conditions ne sont pas liées, comme on aurait pu le croire, à la criminalité de l'auteur lui-même, mais aux infractions commises. Comme le souligne H. BEKAERT, tout en le critiquant, dans le système classique qui a inspiré les articles 54 à 57 du Code pénal, « la base du régime, c'est le dernier délit »[1059]. Ce choix, qui peut évidemment paraître illogique, s'explique par la nécessité de maintenir le caractère objectif du droit pénal, dans le respect du principe de la légalité. Il est intéressant de lire, dans *Science pénale et droit positif*, l'ensemble des critiques que Prins formule à l'endroit du régime juridique de la récidive dans le Code pénal qu'il estime, dans la perspective de la défense sociale qu'il promeut, être « défectueux à divers points de vue »[1060].

A. Une condamnation antérieure

La condamnation antérieure, qui est le premier terme de la récidive, représente un « avertissement de justice », requis à la fois comme « facteur de culpabilité dans l'appréciation des délits futurs » et comme « valeur de certitude pour établir l'existence de délits antérieurs »[1061]. C'est cet antécédent judiciaire qui justifie, dans le Code pénal, le sort différent réservé à la récidive et au concours d'infractions, aggravation de la peine dans le premier cas et atténuation dans le second. L'efficacité de l'avertissement légal suppose certaines conditions qui sont dégagées par la doctrine et la jurisprudence. L'idée est que le récidiviste ne puisse se plaindre ni d'une appréciation arbitraire de son passé, ni de ne pas avoir été averti.

Il doit s'agir :

- d'une condamnation et non d'une simple poursuite, d'un classement sans suite ou d'un non-lieu, d'une transaction ou d'une médiation-mesure (ancienne médiation pénale) qui ne constituent pas une condamnation ;

- d'une condamnation à une peine prononcée pour crime, délit ou contravention. Ne remplissent pas cette condition : la suspension du prononcé de la condamnation[1062], les déclarations de culpabilité, les mesures de sûreté prises à l'égard des mineurs ou des malades mentaux, les sanctions administratives, les condamnations disciplinaires ainsi que les condamnations civiles. Aux termes de la loi, il doit s'agir d'une condamnation à une peine de réclusion,

---

1058 Cass., 30 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 200. Comme nous le verrons par la suite, la loi du 26 avril 2007, entrée en vigueur le 1er janvier 2012, a remplacé la mise à la disposition du gouvernement par la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines.

1059 H. BEKAERT, Les principes de la récidive dans le droit pénal classique, *op. cit.*, p. 25.

1060 A. PRINS, Science pénale et droit positif, *op. cit.*, pp. 312 et s.

1061 H. BEKAERT, Les principes de la récidive dans le droit pénal classique, op. cit., pp. 30 – 31 ; J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, *op. cit.*, t. II, p. 145, n° 826.

1062 Cass., 19 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 497.

d'emprisonnement ou d'amende de sorte que les peines dites alternatives (peine de travail, de probation autonome ou de surveillance électronique) ne peuvent fonder un état de récidive[1063].

La condamnation définitive doit avoir été prononcée, mais pas nécessairement avoir été exécutée, ce qui peut paraître paradoxal par rapport au fondement de la récidive selon lequel « l'homme puise dans le châtiment l'énergie nécessaire pour ne plus délinquer »[1064]. C'est la dimension symbolique de la condamnation qui est privilégiée, indépendamment de sa dimension instrumentale. Une condamnation assortie d'un sursis, une condamnation graciée ou dont la peine est prescrite, ne font dès lors pas obstacle à la récidive. En revanche, une condamnation tombée dans « l'oubli juridique » (effacement, réhabilitation, amnistie) fait disparaître la récidive[1065].

- d'une condamnation pénale coulée en force de chose jugée. Il faut une condamnation définitive, qui ne soit plus susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation au moment où les faits nouveaux sont commis.

> « L'état de récidive requiert qu'au moment où l'infraction nouvelle est commise, la condamnation déjà encourue soit passée en force de chose jugée »[1066].

- d'une condamnation pénale prononcée par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne.

Les auteurs classiques rejetaient catégoriquement la récidive fondée sur une condamnation pénale étrangère, et cela pour trois raisons : le champ d'application du droit pénal qui diffère d'un Etat à un autre, les divergences des législations et une méfiance internationale[1067].

1063 En revanche, quelqu'un en état de récidive peut être condamné à une peine dite alternative, voy. *infra*, Chapitre V. La peine, Section 2. La classification des peines.

1064 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 465, n° 3031.

1065 En ce qui concerne l'effacement : Cass., 13 novembre 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 663 et s.

1066 Cass., 22 septembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 211 ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 518 ; Cass., 21 décembre 2004, *Pas.*, I, n° 262 ; Cass., 2 mai 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1297. Il a été notamment jugé qu'une condamnation par défaut peut servir de base à la récidive, à l'expiration du délai d'opposition, et pour autant qu'aucun recours n'ait été exercé (Cass., 25 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 631 ; *Pas.*, 2001, I, p. 692). Sous réserve de l'exercice des voies de recours, une décision judiciaire définitive est revêtue de l'autorité de la chose jugée qui est une présomption légale de vérité pour les parties en cause, par rapport au litige (art. 23 du Code judiciaire : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision »). En matière pénale - et contrairement au droit judiciaire civil - une décision ne passe en force de chose jugée que lorsqu'elle n'est plus susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. La différence porte sur le pourvoi en cassation puisque celui-ci, en matière pénale, est, en principe, suspensif de l'exécution de la décision attaquée. Voy. Cass., 17 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1281. L'article 534*bis*, § 2 du Code pénal réprimant le graffiti parle expressément, pour établir la récidive, de « jugement antérieur portant condamnation et passé en force de chose jugée ». Il en va de même de l'article 81 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins qui évoque une « condamnation passée en force de chose jugée prononcée du chef de la même infraction ». En cas d'infraction continue ou collective, rien n'empêche le juge de constater l'état de récidive alors que seule une partie des nouveaux faits mis à charge du prévenu a été commise après que la condamnation antérieure ait été coulée en force de chose jugée (Cass., 12 janvier 2005, *Rev. dr. pén. crim*., 2005, p. 1096 ; Cass., 26 octobre 2010, *Pas*., 2010, n° 636).

1067 L'article 149 de l'*Avant-projet de Code pénal* (1979) se départit de cette réserve et envisage la récidive internationale, en raison notamment des engagements internationaux de la Belgique. Il convient toutefois de s'assurer que la condamnation étrangère a été prononcée dans le respect des droits de l'homme et des droits de la défense, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, p. 48 et exposé des motifs, p. 165.

L'immobilisme en cette matière s'est cependant vite heurté à l'évolution du droit pénal européen. La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnations entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, transposée en droit belge par la loi du 25 avril 2014[1068], oblige dorénavant le juge belge, pour établir s'il y a récidive, à prendre en compte les condamnations prononcées par les autres États membres de l'Union européenne. À cette fin, la loi du 25 avril 2014 insère, dans le livre premier du Code pénal, un chapitre XI intitulé « De la prise en compte des condamnations prononcées par les juridictions pénales d'autres États » et comprenant un article unique, l'article 99*bis* qui dispose: « Les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un autre État membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales belges, et elles produiront les mêmes effets juridiques que ces condamnations ».

Enfin, le droit international peut autoriser un État à prendre en considération une condamnation dans un autre État pour fonder l'état de récidive. Il en est ainsi de l'article 36, § 2, a), (iii) de la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961[1069].

La preuve de l'antécédent judiciaire doit en principe être rapportée par l'extrait officiel de la décision qui a prononcé la condamnation et qui mentionne qu'elle est passée en force de chose jugée[1070]. L'extrait du casier judiciaire est normalement insuffisant et ne peut être admis qu'en l'absence de contestation du prévenu[1071]. La Cour de cassation considère toutefois que la preuve de l'existence d'une condamnation antérieure passée en force de chose jugée peut être apportée par d'autres moyens par le ministère public à qui il incombe, en tant que partie poursuivante, d'établir que les conditions de récidive sont réunies[1072]. Le juge n'est cependant pas tenu de prendre connaissance du dossier concernant les faits donnant lieu à la condamnation antérieure sur la base de laquelle l'état de récidive légale est constaté[1073].

B. Une infraction nouvelle

Juridiquement, il n'y a récidive que si, après une première condamnation coulée en force de chose jugée, l'auteur commet une nouvelle infraction[1074]. Celle-ci est donc le second terme de la récidive. Il n'y a cependant récidive que si la nouvelle infraction a été commise après la première condamnation. À défaut, l'auteur n'est pas en état de récidive, mais se trouve éventuellement dans la situation d'un concours d'infractions. Rien n'empêche toutefois le juge de prendre en considération des faits antérieurs ayant fait l'objet d'une condamnation passée en

---

1068 Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 14 mai 2014.

1069 « Sous réserve des dispositions constitutionnelles de chaque Partie, de son système juridique et de sa législation nationale (...), les condamnations prononcées à l'étranger pour ces infractions seront prises en considération aux fins d'établissement de la récidive ». Pour un cas d'application, voy. Cass., 13 juin 2007, *Pas*., 2007, n° 324.

1070 Cass., 25 avril 2012, *Pas*., 2012, p. 903 et concl. Av. Gén. D. VANDERMEERSCH.

1071 Cass., 9 juin 1964, *Pas.*, I, p. 1083. En effet, l'article 600 du Code d'instruction criminelle stipule que « Les informations communiquées par le Casier judiciaire ne constituent pas la preuve des décisions judiciaires ou administratives auxquelles elles se rapportent ».

1072 Cass., 12 novembre 2019, *R.A.B.G*., 2020, p. 688, obs. F. Van Volsem, *T. Strafr*., 2020, p. 301, obs. T. DECAIGNY.

1073 Cass., 3 juin 2003, *Pas*. 2003, p. 1120.

1074 L'infraction nouvelle doit avoir été accomplie *entièrement* après que la condamnation du chef de la première infraction ait acquis force de chose jugée, d'où l'importance de déterminer la nature, instantanée ou continue, de celle-ci.

force de chose jugée postérieurement aux faits examinés, pour autant qu'il n'admette pas la récidive.

> « Aucune disposition légale ni principe du droit n'empêche le juge pénal, pour asseoir sa conviction et fixer le taux de la peine, de tenir compte de l'existence d'une condamnation antérieure passée en force de chose jugée qui a été prononcée du chef de faits antérieurs similaires après la commission des faits examinés, pour autant qu'il n'admette pas de récidive légale »[1075].

C. Les types de récidive prises en compte par le droit pénal

Toute « rechute criminelle », ou récidive dans le sens commun du terme, n'est pas nécessairement synonyme d'un état de récidive pris en compte par le droit pénal. Les rapports entre les deux termes de la récidive (condamnation antérieure et infraction nouvelle) introduisent certaines distinctions visant à déterminer quelles situations tombent ou non dans le régime de la récidive légale. Une première distinction est de nature temporelle et est basée sur *l'intervalle de temps* qui sépare les infractions avec comme conséquence, la prescription éventuelle de l'état de récidive. Si aucun délai n'est prévu entre les deux infractions, la récidive est dite perpétuelle ; tel est le cas, notamment, en matière de crimes (art. 54 et 55, C.P.), de même que pour la récidive de délit sur crime (art. 56, al. 1er). Si la première condamnation n'est retenue que pendant un certain temps, la récidive est dite temporaire ; c'est le cas pour la récidive de crime sur délit (art. 55*bis*) et pour celle de délit sur délit (art. 56, al. 2) qui ne donnent plus lieu à récidive après l'expiration d'un délai de cinq ans « depuis qu'il (le condamné) a subi ou prescrit sa peine »[1076] et pour les contraventions après douze mois (art. 565). La logique du système veut que la récidive temporaire, plus favorable au prévenu, joue pour les infractions considérées comme moins graves.

Une deuxième distinction porte sur *l'objet* des infractions qui sont prises en considération pour la récidive et porte sur l'identité des infractions concernées par les deux termes de la récidive. Dans la récidive spéciale, il y a identité entre les infractions (vol sur vol, faux sur faux) ; dans la récidive générale cet élément est indifférent[1077]. En vue de simplifier la matière et pour prendre en compte les données criminologiques, *l'Avant-projet de Code pénal* du professeur Legros (1985) proposait de limiter la récidive punissable aux seuls cas d'infractions « du même type de délinquance » (art. 146). Ainsi, par exemple, une rébellion après des outrages à l'autorité ou un viol après des coups ou blessures volontaires[1078]. Une troisième distinction, enfin, concerne *la nature* des infractions où nous observons une évolution significative. Le législateur de 1867 entendait limiter le mécanisme aggravant de la récidive aux seuls crimes et

---

1075 Cass., 22 avril 2008, *Pas*. 2008, p. 975.

1076 Lorsque la condamnation, premier terme de la récidive, a été prononcée avec sursis et que celui-ci n'a pas été révoqué, la peine est « réputée subie » à l'expiration du délai d'épreuve et la période de cinq ans prévue par l'article 56, al. 2, du Code pénal prend cours à ce moment (Cass., 24 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 1006 et s., note G.D. ; Cass., 15 juillet 1997, *Pas.*, I, p. 316 ; Cass., 2 mai 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 1013 ; comp. Liège, 23 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1012 et s., note F. Kefer). De même, en cas de libération conditionnelle, le point de départ du délai de récidive est la date de la libération définitive car ce n'est qu'à cette date que la peine est réputée subie (Cass., 23 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 221). Sur la prescription des peines, voy. les articles 91 à 96 du Code pénal.

1077 En vue de simplifier la matière et pour prendre en compte les données criminologiques, l'*Avant-projet de Code pénal* (1979) propose de limiter la récidive punissable aux seuls cas d'infractions « du même type de délinquance » (art. 146). Ainsi, par exemple, une rébellion après des outrages à l'autorité ou un viol après des coups et blessures volontaires, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, pp. 47-48 et exposé des motifs, p. 165.

1078 *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, pp. 47-48 et exposé des motifs, p. 165.

délits du livre II du Code pénal[1079]. La raison invoquée tenait au fait que seules ces infractions constituaient des atteintes à l'ordre social et étaient, dès lors, susceptibles de démontrer le caractère antisocial de leur auteur[1080]. *A contrario,* il ne pouvait y avoir de récidive entre une infraction qui relève du droit pénal commun et une infraction qui relève du droit pénal particulier[1081]. Depuis l'important arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1967, la jurisprudence a renoncé à cette singulière restriction du champ d'application de la récidive[1082]. Aujourd'hui, la récidive entre les infractions du livre II du Code pénal et celles contenues dans les lois particulières est possible, de même que la récidive entre infractions du droit pénal particulier.

> « Est légalement justifiée la décision qui considère que le condamné se trouve en état de récidive légale, lorsqu'après une condamnation du chef d'une infraction prévue par le Code pénal, il commet une infraction à une loi particulière »[1083].

Enfin, une dernière distinction porte que le caractère facultatif ou obligatoire de l'aggravation de la peine en cas de récidive.

§ 3. Les cas de récidive

Il convient de distinguer la récidive organisée par le Code pénal et la récidive prévue par les lois spéciales et particulières.

A. Dans le droit pénal général

Les articles 54 à 56 du Code pénal s'attachent à la récidive en matière criminelle et correctionnelle.

Quatre hypothèses sont prévues par la loi : la récidive de *crime* sur *crime* ; la récidive de *crime* (non correctionnalisé) sur *délit* (ou crime correctionnalisé) ; la récidive de *délit* (crime correctionnalisé) sur *crime* et la récidive de *délit* (crime correctionnalisé) sur *délit* (crime correctionnalisé).

Avant toute analyse, rappelons que les règles relatives à la récidive se calculent sur la base de la peine appliquée (*in concreto*) et non sur la base de la peine applicable (*in abstracto*), tant pour le premier terme (condamnation antérieure) que pour le second terme (nouvelle infraction) de la récidive[1084]. Par ailleurs, en cas de concours d'infractions avec récidive, le juge doit appliquer les règles de la récidive avant celles du concours284.

1079 Voy. Cass., 17 septembre 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 2274, note A. Vandeplas.

1080 J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. II, p. 171, n° 893: « les actions et les inactions réprimées par les lois particulières sont généralement des infractions de convention sociale, infractions que la justice ne permet pas de confondre avec les délits qui blessent la morale par eux-mêmes et dont la répression fait l'objet du Code pénal commun ». Voy. aussi P.E. TROUSSE, *Les principes généraux …*, *op. cit.*, p. 474, n° 3095.

1081 Sur le sens et la portée de cette distinction, voy*., supra*, Chapitre I. Le droit pénal, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 2. Le droit interne, A. Le droit pénal matériel, 2. Le droit pénal commun et le droit pénal particulier.

1082 Cass., 23 janvier 1967, *Pas.*, I, p. 611, concl. Av. gén. Charles ; Cass., 2 juin 1975, *Pas.*, I, p. 941 ; Cass., 15 mars 1977, *Pas.*, I, p. 762.

1083 Cass., 22 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 533.

1084 G. SCHUIND, « Remarques sur la récidive pénale », *Rev. dr. pén*., 1923, p. 637.

> « En cas de récidive jointe au concours de délits, le juge doit d'abord fixer la peine que paraît mériter chacun des délits concurrents eu égard à la récidive puis appliquer aux peines ainsi déterminées les règles relatives au concours d'infractions »[1085].

1. La récidive de *crime* sur *crime*

Les articles 54 et 55 concernent la récidive de *crime* sur *crime*. En l'espèce, la récidive est perpétuelle, générale et facultative ou obligatoire. Le point de départ de l'aggravation est la peine normalement prévue pour la nouvelle infraction sans la récidive, que le juge peut augmenter, en tenant compte des termes de l'article 54 ou 55[1086]. S'il s'agit de la réclusion, le juge pourra condamner à la réclusion de dix à quinze ans ; s'il s'agit de la réclusion de dix à quinze ans, il pourra condamner à la réclusion de quinze à vingt ans. La récidive est donc facultative (art. 54, al. 1er et 2 et 7 du Code pénal). En revanche, si le dernier crime emporte la réclusion de quinze à vingt ans, le prévenu sera condamné (récidive obligatoire) à dix-sept ans au moins de cette peine (art. 54, al. 3 et 7 du Code pénal). L'article 55 organise le même système pour la peine de détention qui est la peine réservée au crime politique[1087]. L'antécédent judiciaire, qui doit nécessairement être une condamnation à une peine criminelle, ne peut dès lors consister en une peine alternative qui ne peut être prononcée qu'en matière correctionnelle ou de police.

2. La récidive de *crime (non correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé)*

L'article 55*bis* concerne la récidive de *crime (non correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé),* introduite par la loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis*, en ce qui concerne la récidive[1088]. Avant l'entrée en vigueur de la loi, le Code pénal ne prévoyait pas l'hypothèse de crime sur délit (ou crime correctionnalisé)[1089]. Comme l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour constitutionnelle[1090], le législateur de 1867 a considéré que les fourchettes de peines criminelles (entre le minimum et le maximum) laissent une latitude suffisante au juge pour individualiser la répression: « la peine criminelle, applicable à cette récidive, est pourvue d'une force suffisante et laisse au juge assez de latitude pour satisfaire à tous les besoins d'aggravation que cette récidive a fait surgir, l'inefficacité de la première condamnation trouvant alors son remède dans la sévérité nécessaire de la deuxième »[1091]. La

---

1085 Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1094, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH : « En cas de récidive jointe au concours de délits, le juge doit d'abord fixer la peine que paraît mériter chacun des délits concurrents eu égard à la récidive puis appliquer aux peines ainsi déterminées les règles relatives au concours d'infractions »; voy., aussi ,N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., *op. cit*., p. 500.

1086 Sur cette interprétation généralement admise de l'expression « …un crime emportant... » utilisée par le législateur, *cf.* P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 476, no 3107.

1087 Voy. *supra*, Chapitre II. L'infraction, Section 2. La classification des infractions, § 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction, A. Les infractions politiques, 2. La répression du délit politique.

1088 *M.B.,* 28 mai 2019, entrée en vigueur le 7 juin 2019. Voy. Ch. GUILLAIN, « La récidive de crime sur délit : un coup d'épée dans l'eau ? », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale,* V. Franssen et A. Masset (dir.), Anthemis, Commission Université-Palais (CUP), 2019, vol. 194, p. 45 à 72 ; Ch. GUILLAIN, « Actualités en droit pénal général : nouveautés en matière de récidive et de concours d'infractions »*, Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Ch. Guillain et Fr. Kuty (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 49 à 78.

1089 Cass., 9 août 1989, *Pas.*, I, p. 1212 ; Cass., 30 juin 1999, *Pas.*, I, p. 411.

1090 C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011, § B. 17 ; C.C., 18 décembre 2014, n° 185/2014, § B. 9.

1091 Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. ROUSSEL, *Doc.*, Ch., 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 41 et 42.

position adoptée par le législateur de 1867 est également dictée par des considérations d'ordre criminologique, celui-ci ayant estimé que la condamnation antérieure à une peine correctionnelle ne représente pas un incitant suffisant à ne pas commettre d'infraction punie d'une peine criminelle[1092].

L'insertion d'une récidive de crime sur délit dans le Code pénal vise, selon les vœux du législateur, à apporter une réponse à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a constaté une violation du principe d'égalité. Dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a en effet estimé que le prévenu qui, après avoir encouru une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable, se trouve dans une situation nettement plus favorable que s'il était renvoyé devant le tribunal correctionnel qui peut le condamner en état de récidive légale (contrairement à la cour d'assises avant la réforme). La Cour constitutionnelle a dès lors considéré qu'une telle situation violait les articles 10 et 11 de la Constitution au niveau de la fixation de la peine. Elle a également constaté cette différence de traitement au stade de son exécution, dès lors que l'état de récidive retarde le moment auquel une libération conditionnelle peut être sollicitée pour toute une série de condamnés.

> « L'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 25 du même Code, avec l'article 216novies du Code d'instruction criminelle et avec l'article 2, alinéas 1er et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, mais uniquement dans la mesure où il autorise la condamnation de l'inculpé renvoyé au tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, à une peine supérieure à celle qui peut être prononcée à l'égard de l'inculpé renvoyé du chef du même crime commis dans cette même circonstance à la cour d'assises ayant constaté l'existence de circonstances atténuantes » (concernant la fixation de la peine)[1093].

> « La différence de traitement en cause qui consiste à retenir un seuil d'admissibilité à la libération conditionnelle plus sévère pour les personnes condamnées par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime punissable de la peine de réclusion de cinq à dix ans correctionnalisé ou d'un délit, est dépourvue de justification raisonnable. En effet, elle a pour conséquence qu'il n'est pas garanti que l'échelle des peines est respectée au stade de l'exécution des peines dès lors que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni plus sévèrement par la loi sont susceptibles d'être admissibles à la libération conditionnelle plus tôt que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni moins sévèrement par la loi » (concernant l'exécution de la peine)[1094].

Par l'insertion d'un article 55*bis* dans le Code pénal, le législateur entend ainsi faire en sorte qu'un condamné ne puisse plus tirer « avantage » d'un renvoi devant la cour d'assises puisque l'aggravation de la peine, et les conséquences qui en découlent, pourra être prononcée

---

1092 Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, *in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, II, p. 111, n° 248.

1093 C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011 et 22 décembre 2011, n° 199/2011 et 7 février 2018, n° 15/2018.

1094 C.C., 7 février 2018, arrêt n° 15/2018, § B.12. Voy., aussi, C.C., 26 juillet 2017, n° 102/2017.

indépendamment de la juridiction de renvoi[1095]. La doctrine considère cependant que l'insertion de l'article 55*bis* dans le Code pénal n'a pas mis fin aux discriminations existantes[1096]. Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 octobre 2021 n'a pas permis de trancher la controverse[1097], mais la Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt du 3 novembre 2021, que les discriminations[1098] :

> Cass., 3 novembre 2021 : « Contrairement à ce que le demandeur soutient, la différence de traitement relevée par la Cour constitutionnelle subsiste malgré l'entrée en vigueur dudit article 55*bis*.
>
> Cette différence oppose la personne qui, après une première condamnation à une peine criminelle ou dans les cinq ans qui suivent l'exécution d'une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans, est condamnée du chef d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité ou de vingt à trente ans, d'une part, et la personne qui, ayant le même antécédent, est condamnée du chef d'un délit ou d'un crime punissable de maximum vingt ans de réclusion, d'autre part.
>
> Dans le premier cas, le condamné n'est pas en état de récidive au sens de l'article 25, § 2, b), de la loi du 17 mai 2006 et est donc admissible à la libération conditionnelle dès qu'il a subi un tiers de sa peine. Dans le second cas, le condamné est en état de récidive au sens du même article, de sorte qu'il n'est admissible à la libération conditionnelle qu'aux deux tiers de sa peine ».

Comme le montre le tableau suivant, trois situations sont visées par la loi, liées aux nouvelles infractions commises et à l'aggravation de la peine que l'état de récidive est susceptible d'entraîner :

Récidive de crime sur délit (ou crime correctionnalisé) Loi du 5 mai 2019		
1er Terme Récidive (Antécédent Judiciaire)	**2ème Terme Récidive (Nouvelle Infraction)**	**Aggravation Peine**
Emp min. 1 an (art. 55*bis*, al. 1er)	Réclusion 5 à 10 ans	Réclusion 10 à 15 ans (Facultatif)
Emp min. 1 an (art. 55*bis*, al. 2)	Réclusion 10 à 15 ans	Réclusion 15 à 20 ans (Facultatif)
Emp min. 1 an (art. 55*bis*, al. 3)	Réclusion 15 à 20 ans	Réclusion de 17 ans au moins (Obligatoire)
-	Réclusion 20 à 30 ans	Pas de récidive
-	Réclusion à perpétuité	Pas de récidive

1095 Proposition de loi modifiant la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, en ce qui concerne l'état de récidive, Rapport de première lecture fait au nom de la Justice, *Doc.*, Ch., 2018-2019, 54-3213/3, p.4.

1096 Voy., à ce sujet, M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis* : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J. T.*, 2019, pp. 490 – 492 ; Ch. GUILLAIN, « Actualités en droit pénal général: nouveautés en matière de récidive et de concours d'infractions », *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Ch. Guillain et Fr. Kuty (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 49 à 78.

1097 C.C., 14 octobre 2021, n°138/2021.

1098 Cass., 3 novembre 2021, RG P.21.1302.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, p. 50 et note M.-A. BEERNAERT, « Correctionnalisation des crimes et récidive légale : les problèmes subsistent, les solutions aussi… ».

Comme pour la récidive de délit sur délit (art. 56, al. 2, C.P.), la récidive de crime sur délit est temporaire avec comme conséquence, la prescription de l'état de récidive après l'expiration d'un délai de cinq ans. L'antécédent judiciaire doit consister en un emprisonnement correctionnel d'un an au moins de sorte qu'un antécédent judiciaire inférieur à 365 jours, tout comme une condamnation à une peine de travail, de probation ou de surveillance électronique, ne peut fonder l'état de récidive. La récidive est également générale, dans la mesure où il ne doit pas y avoir identité entre les infractions commises. Enfin, la nouvelle infraction commise peut être soit de droit commun (réclusion), soit politique (détention).

Concernant l'aggravation de la peine, le législateur s'est calqué sur les termes des articles 54 et 55 du Code pénal, concernant la récidive de crime sur crime. Dans les deux premières hypothèses de l'article 55*bis* du Code pénal (al. 1er et 2), le point de départ de l'aggravation est la peine normalement prévue pour la nouvelle infraction sans la récidive, que la cour d'assises peut augmenter de cinq ans. Ainsi, s'il s'agit d'un crime puni de la réclusion ou de la détention de cinq à dix ans, la cour d'assises pourra condamner l'individu récidiviste pour un terme de dix à quinze ans ; s'il s'agit de la réclusion ou de la détention de dix à quinze ans, elle pourra le condamner pour un terme de quinze à vingt ans. L'augmentation de la peine est laissée à l'appréciation de la cour d'assises et est, dès lors, facultative.

Dans la dernière hypothèse visée à l'article 55*bis*, alinéa 3 du Code pénal, si le crime emporte la réclusion ou la détention de quinze à vingt ans, le prévenu sera condamné à dix-sept ans au moins. La récidive est ici, en principe, obligatoire.

En revanche, rien n'est prévu concernant le crime emportant la réclusion de vingt à trente ans ou la réclusion à perpétuité, de sorte qu'il n'y a toujours pas de récidive légale dans ces deux hypothèses, en raison de la peine élevée que le condamné est susceptible d'encourir devant la cour d'assises, ce qui amène, à nouveau, à des situations paradoxales[1099].

Enfin, l'article 55*bis* du Code pénal ne devrait connaître que peu d'applications dans la mesure où la récidive de crime sur délit reste exceptionnelle. Elle vise en effet quelqu'un qui, après avoir été condamné pour un délit ou pour un crime correctionnalisé (soit à une peine correctionnelle) est poursuivi devant la cour d'assises où il est condamné à une peine de réclusion (soit à une peine criminelle). Elle ne vise dès lors pas l'hypothèse de la majorité des crimes qui sont correctionnalisés et portés à la connaissance du tribunal correctionnel, ni l'hypothèse de la cour d'assises qui prononce des peines correctionnelles, à la suite de l'admission de causes d'excuse ou de circonstances atténuantes. Dans ces deux cas, c'est l'article 56, alinéa 2, concernant la récidive de délit sur délit qui s'applique ou, éventuellement, l'article 56, alinéa 1er si l'antécédent judiciaire consiste en une peine de réclusion.

3. La récidive de *délit (crime correctionnalisé) sur crime*.

L'article 56, alinéa 1er, concerne la récidive de *délit (crime correctionnalisé) sur crime*. Celle-ci est également perpétuelle, générale et facultative. L'aggravation consiste dans la

---

1099 Ce qui est pour le moins paradoxal alors que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, constatant la discrimination, portait essentiellement sur des crimes correctionnalisés, passibles à l'origine, d'une peine de réclusion de vingt à trente ans., M.-A. BEERNAERT, D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis* : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J.T.*, 2019, p. 490 à 492.

condamnation « à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit ». La même remarque peut être formulée quant aux peines alternatives comme antécédent judiciaire.

4. La récidive de *délit (crime correctionnalisé) sur délit (crime correctionnalisé)*

L'article 56, alinéa 2, concerne la récidive de *délit (crime correctionnalisé) sur délit (crime correctionnalisé)*, soit la majorité des récidives déférées au tribunal correctionnel. Dans ce cas, l'antécédent judiciaire doit être un emprisonnement correctionnel d'un an au moins afin d'éviter de faire jouer le système aggravant de la récidive quand le premier délit est mineur. La durée d'un mois d'emprisonnement étant de trente jours, conformément à l'article 25 du Code pénal, la condamnation à une peine de douze mois d'emprisonnement (360 jours) est inférieure à celle d'un an d'emprisonnement (365 jours) et ne peut dès lors fonder l'état de récidive prévu à l'article 56, alinéa 2, du Code pénal. Les condamnations à une peine d'amende, de travail, de probation ou de surveillance électronique ne fondent pas non plus la récidive[1100].

Le condamné doit avoir commis le nouveau délit « avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine »[1101]. Si elle reste générale et facultative, la récidive devient ici temporaire. Le législateur a donc établi « une sorte de prescription abolitive de l'état de récidive »[1102].

L'aggravation de la peine est la même que celle prévue dans l'hypothèse précédente (art. 56, al. 1er), à savoir que le juge peut aller jusqu'à doubler le maximum de la peine prévue par la loi contre le nouveau délit. Compte tenu de la durée de l'emprisonnement correctionnel (cinq ans au plus aux termes de l'article 25 du Code pénal), le maximum de la peine pour un délit sera donc, en principe, de dix ans d'emprisonnement.

Cependant, l'article 25 du Code pénal, dans sa version actuelle[1103], autorise le juge correctionnel, qui connaît de certains crimes correctionnalisés, à prononcer une peine pouvant aller jusqu'à vingt ans d'emprisonnement. Le juge serait dès lors autorisé, en cas de récidive, à prononcer un emprisonnement pouvant aller jusqu'à quarante ans, ce qui correspond au plafond prévu par l'article 56, alinéa 3 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite pot-pourri II) qui stipule que « si le nouveau délit est un crime qui a été correctionnalisé ou pour lequel la cour d'assises a admis l'existence de circonstances atténuantes, la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ou quarante ans si ladite peine est la réclusion à perpétuité »[1104].

1100 Voy. Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, Eléments de droit pénal et de procédure pénale, *op. cit*., p. 371.

1101 Voy. Liège, 23 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1012, note F. Kefer. *Cf.* également Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 752 ; *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1013, qui précise que, lorsque la condamnation constitutive du premier terme de la récidive a été prononcée avec sursis et que le sursis n'a pas été révoqué, la peine est réputée subie à l'expiration du délai d'épreuve et le délai de cinq ans prend cours à ce moment et non au jour de la condamnation. Il en va de même en cas de libération conditionnelle, où la peine n'est réputée subie qu'à l'expiration du délai d'épreuve, soit lorsque la libération conditionnelle est devenue définitive.

1102 Rapport d'ANETHAN au Sénat, séance du 20 février 1866, *in* J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, *op. cit.*, t. I[er], XX, p. 468, n° 47.

1103 Art. 25 C.P. tel que modifié par la loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises et rétabli par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 (arrêt n° 148/2017) annulant partiellement la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (pot-pourri II).

1104 L'article 56, al. 3 du Code pénal a été rétabli par la loi du 5 février 2016 et n'a pas été annulé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017.

Le tableau suivant montre que, malgré la loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis*, en ce qui concerne la récidive de crime sur délit, des discriminations subsistent. En effet, le prévenu qui, après avoir encouru une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable - mais non correctionnalisé - punissable d'une peine de réclusion de quinze à vingt ans, de vingt à trente ans ou de la réclusion à perpétuité, se trouve toujours dans une situation nettement plus favorable que s'il était renvoyé devant le tribunal correctionnel, à la suite du mécanisme de la correctionnalisation. En effet, par l'admission de circonstances atténuantes, la cour d'assises ne peut prononcer une peine supérieure, respectivement, à quinze, vingt et trente ans de réclusion, là où le tribunal peut le condamner à vingt, trente et quarante ans d'emprisonnement[1105]. Conformément aux enseignements de la Cour constitutionnelle, le juge correctionnel, confronté à cette situation, doit veiller à ne pas condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement dont la durée excède le maximum de la peine de réclusion qui aurait pu être imposée par la cour d'assises, ayant constaté des circonstances atténuantes, soit au maximum trente ans d'emprisonnement.

Comparaison récidive crime correctionnalisé sur délit et récidive de crime non correctionnalisé sur délit			
Antécédent Judiciaire	**Nouvelle Infraction**	**Tribunal correctionnel (Art. 25 et 56 CP) = Récidive de délit sur délit**	**Cour d'assises (Art. 55*bis* et 80 CP) = Récidive de crime sur délit**
Emp min. 1 an	Réclusion 5 à 10 ans	Emp 10 ans max	Réclusion 10 ans max
Emp min. 1 an	Réclusion 10 à 15 ans	Emp 15 ans max	Réclusion 15 ans max
Emp min. 1 an	Réclusion 15 à 20 ans	Emp 20 ans max	Réclusion ***15*** ans max
Emp min. 1 an	Réclusion 20 à 30 ans	Emp 30 ans max	Réclusion ***20*** ans max
Emp min. 1 an	Réclusion à perpétuité	Emp 40 ans max	Réclusion ***30*** ans max

Pour ces raisons, la Ligue des droits humains a demandé à la Cour constitutionnelle, l'annulation de l'article 55*bis* du Code pénal, en arguant de sa violation avec les articles 10 et 11 de la Constitution concernant le principe d'égalité et de non-discrimination. Dans son arrêt du 14 octobre 2021[1106], la Cour rejette le recours considérant que les différences de traitement ne trouvent pas leur origine directement dans l'article 55*bis* du Code pénal, mais dans une lecture combinée de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, de l'article 25 du même Code et de l'article 2, alinéas 1er et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, pour la fixation de la peine (B.3.3.) et, dans la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, concernant l'exécution de la peine (B.6.4.).

1105 Voy., le tableau annexé à l'article de M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *op. cit*.

1106 C.C., 14 octobre 2021, arrêt n'° 138/2021.

Par ailleurs, aux termes de l'article 56, alinéa 2 du Code pénal, le montant de l'amende, de même que la durée de l'interdiction des droits civils et politiques, peuvent également être doublés. Il est en revanche impossible de doubler la peine de confiscation. Quant à la peine de travail, la peine de surveillance électronique et la peine de probation autonome, leur durée maximale est, depuis la loi du 5 février 2016 (pot-pourri II) respectivement de trois cents heures, d'un an et deux ans. La récidive ne modifie dès lors pas le taux maximum des peines alternatives.

A la suite à la transposition de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnations entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice insère un nouvel article 57*bis* dans le Code pénal qui dispose que les règles établies aux articles 54 à 57 du Code pénal en matière de récidive sont également appliquées en cas de condamnation antérieure prononcée par la juridiction pénale d'un autre État membre.

Synthèse des récidives dans le livre Ier du Code pénal		
	1er Terme Récidive (Antécédent Judiciaire)	**2ème Terme Récidive (Nouvelle Infraction)**
Art. 54 et 55	***Crime*** (non correctionnalisé)	***Crime*** (non correctionnalisé)
Art. 55*bis*	***Délit*** (ou crime correctionnalisé)	***Crime*** (non correctionnalisé)
Art. 56, al. 1er	***Crime*** (non correctionnalisé)	***Délit*** (ou crime correctionnalisé)
Art. 56, al. 2	***Délit*** (ou crime correctionnalisé)	***Délit*** (ou crime correctionnalisé)

B. Dans le droit pénal spécial et particulier

S'il n'existe pas de régime général concernant la récidive de contravention sur contravention dans le livre Ier du Code pénal, l'article 565 du Code pénal organise un régime propre de récidive en matière de contraventions. La récidive est temporaire (douze mois) et spéciale (« pour la même contravention »). Elle s'applique uniquement aux contraventions prévues par le Titre X du Livre II du Code pénal (« dans les cas prévus aux quatre chapitres qui précèdent »)[1107]. Les articles 562 et 564 du Code pénal fixent les effets de la récidive sur les peines. De ces dispositions, il découle que, dans ces cas, la récidive est facultative.

Dans certaines matières, le Code pénal a organisé une récidive spéciale qui déroge partiellement aux règles générales sur la récidive prévue par le droit pénal commun et qui implique, nécessairement, une identité d'infractions. Ainsi, par exemple, la récidive prévue à l'article 391*bis*, alinéa 7 concernant l'abandon de famille. Dans d'autres cas, comme en matière de délinquance informatique (art. 550*bis*, § 8 et 550*ter*, § 5, C.P.) ou de graffitis (art. 534*bis*, § 2, C.P.), la loi a prévu une récidive à la fois spéciale et obligatoire.

Par application de l'article 100 du Code pénal, les règles relatives à la récidive du Code pénal ne s'appliquent aux infractions prévues par les lois et règlements particuliers qu'à défaut de dispositions contraires. Les récidives particulières sont toujours spéciales, en ce sens qu'il n'y a

1107 Elle ne concernait donc pas les délits contraventionnalisés (Cass., 17 juin 1968, *Pas.*, I, p. 1185).

récidive qu'à l'intérieur d'une même législation[1108]; dans certains cas, les infractions elles-mêmes doivent être identiques. Elles sont également le plus souvent temporaires[1109]. Alors que dans le Code pénal, les récidives s'établissent « de peine à peine », dans les lois particulières, elles s'établissent « d'infraction à infraction »[1110]. L'aggravation de la peine est souvent obligatoire, parfois facultative. Elle peut porter sur la nature même de l'infraction et d'autres peines peuvent éventuellement être prononcées, comme par exemple, l'interdiction, conformément à l'article 33 du Code pénal.

Notons, enfin, la possibilité actuellement admise par la Cour de cassation d'un concours éventuel entre une récidive prévue par le Code pénal et une récidive prévue par une loi particulière qui a longtemps fait l'objet de discussions dans la doctrine[1111].

> « Lorsque, après une condamnation du chef d'une infraction prévue par le Code pénal, le condamné commet une infraction à une loi particulière contenant des dispositions qui n'organisent la récidive que pour les infractions qui y sont prévues, est légale l'application à cette dernière infraction des dispositions du Chapitre V du Livre premier du Code pénal lorsque les conditions prévues pour la récidive spéciale ne sont pas remplies »[1112].

§ 4. Les effets de la récidive

Les effets de la récidive, qui en droit belge peuvent se conjuguer, se situent dans deux ordres de réalité qui traduisent l'évolution de la doctrine pénale sur la question de la récidive : l'aggravation de la peine (A) s'inscrivant dans le droit pénal classique, d'une part, et la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (B) qui découle de l'approche positiviste, d'autre part. En outre, l'état de récidive légale place, par l'effet même de la loi, le « condamné récidiviste » dans une situation plus défavorable que le « condamné primaire », en ce qui concerne l'obtention éventuelle du sursis ou de la suspension du prononcé, de la réhabilitation (voy. *infra*)[1113]. Outre ces différents effets de la récidive au stade de la fixation de la peine, la récidive a aussi des conséquences au stade de l'exécution de la peine privative de liberté, quant aux différentes modalités d'exécution de la peine que peut octroyer le tribunal de l'application des peines (voy. *infra*).

A. L'aggravation de la peine

Dans le Code pénal de 1867 et dans les lois particulières, la récidive entraîne une aggravation de la peine. Devant la difficulté à la fonder rationnellement (*supra*, §1), cette aggravation répond « aux exigences de l'opinion commune »[1114]. L'aggravation de la peine peut être soit obligatoire, soit facultative. Dans le premier cas, c'est l'effet de prévention générale qui est recherché ; dans le second, la récidive s'inscrit dans la perspective de l'individualisation judiciaire de la peine et s'attache à la prévention spéciale. La récidive du Code pénal est en

---

1108 Cass., 19 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 496.

1109 Cass., 15 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 52.

1110 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 481, n° 3146.

1111 Voy. *supra*, § 2. Les conditions légales de la récidive, B. Une infraction nouvelle, *in fine*.

1112 Cass., 4 juin 1974, *Pas.*, I, p. 1021 ; Cass., 23 juin 1975, *Pas.*, I, p. 1025 ; Cass., 22 décembre 1998, *Pas.*, n° 533 ; Cass., 13 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n° 26.

1113 Cass., 30 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 367.

1114 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 472, n° 3083.

principe facultative – fondée sur l'idée que la présomption de culpabilité plus grande est relative[1115] – tandis que les récidives des lois particulières sont généralement obligatoires.

Il est à noter que si le juge doit reconnaître l'état de récidive, il n'est en général pas obligé d'aggraver la peine :

> « Si la décision rendue par défaut comporte à titre de peine principale une peine d'emprisonnement et que, statuant sur l'appel de la décision rendue sur opposition, les juges d'appel remplacent cette peine par une peine de travail, la constatation par ces juges de l'état de récidive du prévenu n'aggrave pas sa situation »[1116].

L'aggravation peut être simple, c'est-à-dire identique quel que soit le nombre de récidive ; elle peut aussi être progressive, c'est-à-dire augmenter en raison des infractions commises. Ainsi, l'article 2*ter* de la loi du 24 février 1921 sur les drogues stipule que la détention de cannabis par un majeur à des fins de consommation personnelle est punie d'une amende de 15 à 25 euros pour la première infraction. Une amende de 26 à 50 euros est prévue en cas de récidive dans l'année de la première condamnation, tandis qu'un emprisonnement de huit jours à un mois et une amende de 50 à 100 euros est prévue en cas de nouvelle récidive dans l'année depuis la deuxième condamnation[1117]. Si la modification de la nature de la peine devrait entraîner une modification de la nature de l'infraction en vertu de l'article 1er du Code pénal, la Cour de cassation a néanmoins considéré que la récidive n'influait pas sur la nature de l'infraction et, dès lors, sur le délai de prescription de l'action publique.

> « Lorsqu'une infraction, qualifiée contravention, est punie, en raison de la récidive, d'un emprisonnement excédant sept jours, cette infraction ne perd pas son caractère de contravention »[1118].

Relevons, pour terminer, que le nouveau régime prévu en matière de récidive rencontre les fondements de la réforme (précision, cohérence et simplicité) et répond aux objectifs de la peine prônés par le projet : non un esprit de vengeance tourné vers le passé, mais une rétribution juste et proportionnée tournée vers l'avenir. Sur la base de ces prémisses, la Commission de réforme du droit pénal simplifie grandement les règles relatives à la récidive en stipulant que « dans les cas prévus par la loi, la peine prévue pour une infraction peut être aggravée vers une peine du niveau immédiatement supérieur si au moment de la commission de l'infraction cinq années ne se sont pas encore écoulées à compter du jour où la condamnation précédente est passée en force de chose jugée. Le délai de cinq ans est toutefois prolongé de la durée pendant laquelle la peine d'emprisonnement se trouve exécutée à l'exception de la période de libération anticipée ». Selon l'exposé des motifs, cette dernière formulation « permet de faire débuter le délai de cinq ans soit à partir du jour où la condamnation a acquis force de chose jugée ou – dans

---

1115 J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, *op. cit*., t. II, p. 158, n° 879.

1116 Cass., 26 mai 2021, P.20.0771.F/1, https://juportal.be/.

1117 Pour un cas d'application et sur la notion de « première condamnation », voy. Bruxelles, 30 juin 2004, *Journ. Proc.*, 10 septembre 2004, n° 485, p. 26 et note Ch. GUILLAIN. Voy., aussi, l'article 1er, § 1er de l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse: « Quiconque est trouvé en état d'ivresse dans un lieu public est puni: pour la première infraction, d'une amende de 15 à 25 francs; en cas de récidive dans l'année depuis la première condamnation, d'une amende de 26 à 50 francs; en cas de nouvelle récidive dans l'année depuis la deuxième condamnation, d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 50 à 100 francs ».

1118 Cass., 8 novembre 1976, *Pas.*, I, 1977, p. 276 ; Cass., 23 novembre 2011, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 556, et note G.-Fr. RANERI.

l'hypothèse d'une privation de liberté effective – à partir de la libération »[1119]. Le délai de cinq ans est inspiré du droit néerlandais, mais, contrairement à ce dernier où la peine précédente doit être une peine correctionnelle, la récidive s'applique ici quelle que soit la nature de la peine précédemment infligée[1120]. Le système d'aggravation de la peine permet de prononcer une peine d'emprisonnement plus lourde, mais également d'opter pour une sanction alternative[1121]. La récidive prévue par la Commission est ainsi toujours facultative (l'aggravation de la peine n'est jamais une obligation pour le juge), temporaire (l'écoulement du délai de cinq ans prescrit l'état de récidive) et spéciale (uniquement dans les cas prévus par la loi et à condition qu'il existe un lien entre la condamnation antérieure et la nouvelle infraction) [1122].

B. La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines

L'état de récidive peut entraîner le prononcé d'une peine de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (*infra*, Chapitre IV, Section 3., point 3 « La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines »). Dans certains cas, le prononcé de cette peine est obligatoire (en cas de récidive de crime sur crime sauf si la peine antérieure a été prononcée pour un crime politique), dans d'autres cas, ce prononcé est facultatif (en cas de récidive temporaire et spéciale liée à la gravité des faits) (articles 34*ter* et 34*quater* C.P.).

1119 *Ibid*., p. 155.
1120 *Ibid*.
1121 *Ibid*., p. 156.
1122 *Ibid*., p. 154.

Chapitre IV. La peine

Section 1. La définition et les caractères de la peine

§ 1. Définition

Apparemment simple, la notion de peine possède en réalité des contours à la fois incertains et fluctuants qui soulèvent des difficultés considérables relatives à sa définition[1123]. Il existe un « noyau dur » de sanctions pénales, à savoir les peines énumérées aux articles 7 et suivants du Code pénal et qui viennent sanctionner les infractions pénales (emprisonnement, amende pénale, peine de travail, peine de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, confiscation, …). Mais ce noyau dur de sanctions pénales connaît le voisinage d'un arsenal de sanctions qui, pour ne pas être des peines au sens strict, présentent néanmoins de fortes analogies avec la peine: transaction et médiation pénale (« médiation et mesures »), mesures de protection de la jeunesse (dont le placement en IPPJ), mesures de défense sociale (internement), sanctions administratives venant sanctionner des infractions pénales (infractions « mixtes »), sanctions disciplinaires, période de sûreté, ... On constate d'entrée de jeu que les frontières de la peine ne sont pas toujours aussi nettes que l'on pourrait le croire.

Par ailleurs, la définition de la peine varie suivant les pays ou suivant les contextes juridiques. Si l'on s'en tient strictement à la signification de la peine en droit positif, il est possible de distinguer au moins trois contextes différents dans lesquels cette question peut être abordée.

Un premier contexte est fourni par la Convention européenne des droits de l'homme qui, dans son article 6, prévoit un certain nombre de garanties procédurales en « matière pénale »[1124]. Un deuxième contexte est celui de la Constitution, dont l'article 14 dispose que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi » et renvoie au principe de légalité en matière pénale. Enfin, un troisième contexte est celui du droit pénal au sens strict.

Le principe constitutionnel de la légalité pénale ayant déjà été examiné[1125], nous nous contenterons ici d'esquisser la notion de peine au regard du droit pénal et au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

1123 M. VAN DE KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales », *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Ph. Robert, Fr. Soubiran et M. van de Kerchove (dir.), t. II, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 99 et s. ; D. KAMINSKI, S. SNACKEN et M. VAN DE KERCHOVE, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution », *Déviance et société*, 2007, vol. 31, n° 4, p. 487 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009 ; *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Fr. Tulkens, Y. Cartuyvels et Ch. Guillain (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010.

1124 Fl. MASSIAS, « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 89 et s. ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « La notion de peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La dimension historique de la peine 1810-2010 : bicentenaire du Code pénal de 1810*, Y. Jeanclos (dir.), Paris, Economica, 2013, p. 444 et s.; Fr. TULKENS, « Le contrôle de la sanction pénale par la Cour européenne des droits de l'homme », *La sanction. Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Paris, Dalloz.

1125 *Cf. supra*, Chapitre I. Le droit pénal, Section 4. Les sources du droit pénal, § 1. Le principe de la légalité.

A. Au regard du droit pénal

La peine n'est pas définie dans le Code pénal si ce n'est à travers son article 1er qui consacre la division tripartite des infractions et des peines[1126].

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a été amenée à formuler une définition de la peine, dont on retiendra les principaux traits tout en soulignant qu'ils ne permettent pas de lever toutes les difficultés inhérentes à la détermination des frontières séparant la peine d'une mesure non pénale.

Selon les termes de la Cour :

> « A le caractère d'une peine la mesure infligée par la justice répressive, en vertu de la loi, à titre de sanction d'un acte que la loi défend »[1127].
>
> « La notion de peine implique un mal infligé à titre de sanction d'un acte que la loi défend »[1128].

1. De ces définitions, résulte d'abord le fait que la peine est une sanction au sens étroit du terme, c'est-à-dire une conséquence juridique frappant un acte interdit par une règle de droit[1129]. De là résulte notamment la différence qu'on peut apercevoir entre un impôt qui, quel que soit son caractère dissuasif, notamment étant donné son montant prohibitif, frappe en principe un acte licite (revenus du travail ou du capital) et une amende pénale qui, même insignifiante en raison de sa modicité, frappe un acte illicite, juridiquement prohibé et revêt dès lors le caractère d'une sanction.

2. De cette définition résulte également que la peine est une sanction qui ne peut être établie qu'en vertu de la loi, comme l'exige le principe de la légalité des peines inscrit à l'article 14 de la Constitution. On en déduit que « c'est au législateur à conférer à une sanction le caractère d'une peine »[1130], même s'il existe des exceptions[1131].

3. On peut également déduire de cette définition que la peine ne peut être appliquée que par une juridiction[1132]. On en conclut habituellement que les mesures qui sont adoptées par une autre

---

1126 Art. 1er CP : « L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime. L'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une contravention ».

1127 Cass., 16 mars 1970, *Pas.*, I, p. 632. *Cf.* également Liège, 12 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 424 : « elle sanctionne une désobéissance à un ordre de la loi et a pour but de réparer le trouble social causé par l'infraction ».

1128 Cass., 14 janvier 2004, *Rev. dr. pén. crim*., 2004, p. 508.

1129 Sur les différents sens juridiques que l'on peut donner à la notion de sanction, *cf.* notamment Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, Fr. Rigaux, G. Haarscher et P. Vassart (dir.), Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 253 et s.; M. VAN DE KERCHOVE, « Signification juridique de la sanction en matière de délinquance juvénile », *Délinquance des jeunes. Politiques et interventions*, C. De Troy, Fr. Tulkens et M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 166 à 170 ; Ch.-A. MORAND, « La sanction », *Arch. phil. dr.*, t. 35, 1990, p. 293 et s. ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 221 et s.

1130 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit*., p. 143.

1131 Voy., *supra*, Syllabus (Partie I), Section 4. Les sources du droit pénal, *§1. Le principe de légalité.*

1132 Il n'est cependant pas nécessaire qu'il s'agisse d'une juridiction répressive. Ainsi, a-t-on pu juger que l'amende que le juge civil peut infliger au témoin défaillant, en vertu de l'article 926 du Code judiciaire, a le caractère d'une peine (Liège, 12 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 424). *Cf.* également R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, vol. II, p. 370:

autorité ne constituent pas des peines. Il en va ainsi de la transaction ou de la médiation pénale (« médiation et mesures ») proposées par le ministère public, des sanctions administratives décidées par l'administration ou, encore, des sanctions disciplinaires infligées par les ordres professionnels[1133]. Pour résoudre cette difficulté, P. Poncela a suggéré de parler, dans ce cas, de « sanction pénale » et de réserver la notion de peine à l'hypothèse où la sanction est prononcée par une juridiction[1134]. En réalité, on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une « pétition de principe »[1135], dans la mesure où c'est la nature pénale ou non d'une mesure qui devrait avoir pour conséquence qu'elle doive ou non être prononcée par le pouvoir judiciaire, et non l'inverse. Cette pétition de principe, cependant, montre bien que le dernier mot, en matière de qualification, appartient au législateur, sous réserve des contrôles juridictionnels auxquels il peut se trouver soumis.

La problématique est la même concernant les interdictions ou incapacités qui résultent d'office d'une condamnation sans devoir être prononcées par le juge, dont les effets peuvent être sévères, telles que l'interdiction à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités, qui est prévue par l'arrêté royal du 24 octobre 1934, ou encore les mesures de renvoi ou d'expulsion des ressortissants étrangers qui ont été condamnés pénalement en Belgique[1136]. C'est ce que l'on appelle le droit pénal de l'ombre ou le droit pénal occulte[1137]. La Commission pour la révision du Code pénal (1979) a ainsi proposé que les déchéances et les interdictions soient toujours prononcées par le juge, sans pouvoir jamais être attachées de plein droit à la condamnation[1138]. Adoptant une position plus radicale, la Cour d'arbitrage a décidé, dans un arrêt du 27 mai 1998, que les articles 1er et 1erbis de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 « violent les articles 10 et 11 la Constitution en tant qu'ils établissent des interdictions professionnelles automatiques, illimitées dans le temps ». La Cour a estimé, en effet, que le fait que l'interdiction professionnelle ne fasse pas « l'objet d'un débat à l'issue duquel le juge peut en fixer la durée par une décision motivée » va « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi », à savoir « la confiance dans le commerce »[1139]. En revanche, la consécration de telles interdictions de plein droit a été considérée par la Cour

---

« C'est le pouvoir judiciaire qui prononce les peines, normalement les tribunaux répressifs, mais parfois aussi... les tribunaux civils. »

1133 Sur l'importance croissante de telles sanctions et les problèmes que suscite ce « système punitif administratif' » *cf.* notamment A. DE NAUW, « L'évolution législative vers un système punitif administratif », *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 337 et s..

1134 P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., 1995 ; 2e éd., 2001, p. 39.

1135 R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, vol. II, p. 370; I. MOREAU-MARGREVE, « L'astreinte », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1982, p. 42. Comme nous l'avons déjà rappelé, il importe cependant de souligner que la Cour de cassation a abandonné cette référence dans Cass., 14 janvier 2004.

1136 Voy., notamment, en matière d'interdiction professionnelle, C.C., 28 avril 2011, n° 56/2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 1178, et note F. Lutgentz.

1137 A cet égard, cf. notamment G. KELLENS, A. LEMAITRE, F. BAYARD et F. COSTER, Traquer le droit pénal occulte. Inventaire des interdictions et déchéances légales découlant automatiquement d'une condamnation pénale, Bruxelles, SSTC, 1994.

1138 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, *op. cit*., p. 66.

1139 C.A., 27 mai 1998, arrêt n° 57/98, *M.B.*, 3 septembre 1998, p. 28507. La loi du 2 juin 1998 modifiant l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 a mis fin à cette situation. A cet égard, *cf.* notamment G.-A. DAL, « Les interdictions professionnelles ou 'l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités' », *J.T.*, 2001, p. 769 et s. L'article 3*bis*, § 4, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 a encore été modifié par la loi du 28 avril 2009. Par ailleurs, la loi du 22 novembre 2004 supprimant l'interdiction légale a mis fin à celle-ci ; *Cf.* G. KELLENS et V. SERON, « La fin de l'interdiction légale », *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, F. Verbruggen, R. Verstraeten, D. Van Daele et B. Spriet (dir.), Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2005, vol. I, p. 457 et s.

d'arbitrage comme conforme à la Constitution dans d'autres cas où le grief évoqué précédemment ne lui paraissait pas fondé[1140].

4. De cette définition se dégage ensuite un autre trait essentiel, à savoir que la peine, comme le suggère son sens usuel, constitue un « mal », une souffrance ou, si l'on préfère, la privation d'un bien (liberté, droit ou fonction, somme d'argent). Tel est ce qu'on appelle souvent le caractère « afflictif » de la peine[1141]. A ce sujet, les discussions suscitées par la proposition d'instaurer en Belgique la peine de travail et la peine de formation sont symptomatiques. Si l'instauration de la peine de travail a été admise, c'est parce que l'on a reconnu qu'elle implique une « restriction de liberté », une « charge » ou une « souffrance »[1142]. En revanche, si l'instauration de la peine de formation a été rejetée, c'est parce que l'on a considéré que cette expression « contient une contradiction dans les termes », dans la mesure où il s'agit cette fois d'une « aide », d'une « qualification » et d'un « bénéfice » pour l'intéressé[1143].

Ce caractère afflictif n'est cependant pas propre à la peine et peut être présent dans d'autres sanctions (mesure d'expulsion, sanction disciplinaire ou administrative). Comment, sous cet angle, distinguer la sanction de la peine ? On considère généralement que l'intensité, le « degré de sévérité de la sanction » est un critère de « pénalité », même s'il n'est pas absolu[1144]. Ainsi, le Conseil d'Etat a suggéré que le montant de l'amende soit modéré pour ne pas constituer une peine.

> « Pour qu'une amende administrative n'acquière pas de caractère proprement punitif, ce qui en modifierait la nature, il faut que par la modération de son montant, elle n'ait pas d'effets sensibles sur les revenus ou sur le patrimoine du contrevenant »[1145].

La Cour de cassation a considéré, quant à elle, que le fait qu'une sanction pécuniaire « est très sévère eu égard à son montant » constitue un critère parmi d'autres pour déterminer si une sanction administrative constitue une sanction pénale[1146]. Le caractère afflictif, qui serait propre à la peine, doit ainsi revêtir une certaine intensité.

5. Bien qu'il ne soit plus mobilisé par la Cour de cassation depuis son arrêt du 16 mars 1970[1147], l'aspect « punitif » de la peine peut également la caractériser, à savoir que la peine comporte une dimension de réprobation sociale de l'acte sanctionné, qui a pour effet que le mal infligé ne se ramène pas seulement au désagrément nécessaire à la réparation du dommage causé, comme le suppose par exemple la condamnation civile d'un débiteur au paiement de dommages-intérêts,

---

1140 *Cf.* notamment C.A., 29 mars 2000, arrêt n° 38/2000, *M.B.*, 24 mai 2000, p. 17441.

1141 A cet égard, *cf.* notamment J. DE PEUTER, « Het leed hoofdcomponent van de straf », *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 69 et s.; M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, o*p.cit.,* p. 41 et s.

1142 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 4 et 19.

1143 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 4, 5, 8 et 19.

1144 En ce sens, *cf.* notamment C.A., 18 novembre 1992, n° 72/92, où le Conseil des ministres a défendu l'idée qu'une amende (administrative) dont le montant est élevé devient une peine. (Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1090).

1145 Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Sénat, 1992-1993, n° 762/ 1, p. 86.

1146 Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1090.

1147 Pour la jurisprudence antérieure, voy. Cass., 4 décembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 59 ; Cass., 30 juin 1949, *Pas.*, I, p. 482.

mais implique également une forme de « blâme social ». Tel est ce qu'on appelle traditionnellement la dimension « infamante » de la peine[1148]. La Cour d'arbitrage a ainsi pu souligner que :

> « Les amendes administratives n'ont pas le caractère infamant qui s'attache aux condamnations pénales sensu stricto, ne sont pas inscrites au casier judiciaire et ne sont pas de nature à compromettre la réintégration de celui auquel elles sont infligées »[1149].

La Cour constitutionnelle mobilise cependant plus volontiers le « caractère répressif » d'une mesure, sans nécessairement distinguer, de ce point de vue, les sanctions administratives et les sanctions pénales[1150]. Ainsi, la Cour a décidé que des indemnités sanctionnant des infractions en matière sociale, bien que considérées d'après les travaux préparatoires, comme des mesures « de nature civile », ont un « caractère répressif dominant », sont des sanctions « de nature pénale » et peuvent, par conséquent, se voir appliquer la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation[1151]. La Cour a réitéré son propos à l'encontre des sanctions administratives infligées par le fonctionnaire sanctionnateur communal sur la base de la loi du 24 juin 2013 : « en ce qu'ils ne permettent pas au fonctionnaire sanctionnateur ou, sur recours, au tribunal de police d'assortir d'un sursis l'amende qu'ils prévoient, les articles 3, 3°, et 31 de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales [...] violent les articles 10 et 11 de la Constitution »[1152]. Dans d'autres arrêts, la Cour a également décidé qu'une amende administrative, comme une amende pénale, constituait une peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour en conclure, notamment, que s'y applique le droit à être jugé dans un délai raisonnable[1153].

Le choix de sanctionner pénalement ou non certains comportements n'est idéologiquement pas neutre et peut traduire des préférences politiques certaines. Si la nature pénale d'une sanction dépend de la volonté du législateur et de la qualification qu'il lui attribue, une telle qualification apparaît souvent très largement empreinte de fiction[1154]. Ainsi, si l'on admet généralement qu'une mesure dite de sûreté, telle que l'internement, « n'est pas une peine, mais, tout à la fois, une mesure de sécurité sociale et d'humanité, dont le but est de mettre le dément ou l'anormal hors d'état de nuire et, en même temps, de le soumettre, dans son propre intérêt, à un régime

---

1148 A cet égard, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir, op. cit.*, p. 57 et s.

1149 C.A., 28 novembre 2001, arrêt n° 153/2001.

1150 A cet égard, *cf.* notamment C.A., 24 février 1999, arrêt n° 22/99 ; C.A., 13 juillet 2000, arrêt n° 92/2000 ; C.A., 7 juin 2001, arrêt n° 77/2001 ; C.A., 13 juin 2001, arrêt n° 80/2001 ; C.A., 24 septembre 2003, arrêt n° 125/2003 ; C.A., 16 juin 2004, arrêt n° 105/2004; C.C., 4 mars 2008, arrêt n° 46/2008; C.C., 28 mars 2013, arrêt n° 47/2013. Ce critère a notamment permis à la Cour de décider que la cotisation de solidarité prévue par la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs était « une mesure de nature essentiellement civile » et non pas une peine, étant donné qu'elle n'a « pas une fonction répressive » et « 's'explique par le souci du législateur de réparer un dommage évalué forfaitairement » (C.C., 1er mars 2012, n° 28/2012).

1151 C.A., 7 juin 2001, arrêt, n° 77/2001 et C.A., 13 juin 2001, arrêt n° 80/2001.

1152 CC, 23 avril 2020, n° 56/2020, tout en décidant que « en ce qu'elles ne permettent pas au fonctionnaire sanctionnateur ou, sur recours, au tribunal de police d'accorder une mesure de suspension du prononcé, les mêmes dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

1153 C.A., 15 septembre 2004, arrêt n°148/2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 186 et s., note H.-D. Bosly.

1154 A cet égard, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection », *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, pp. 245 et s. Les mêmes difficultés ont été signalées notamment à propos des amendes administratives par R. LEGROS, « A propos du projet de loi sur les amendes administratives », *J.T.*, 1971, p. 99, et à propos de la transaction pénale par J. MESSINNE, « La nature juridique de la transaction en matière répressive », obs. sous Bruxelles, 22 janvier 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 68.

curatif scientifiquement organisé »[1155], certains n'ont cependant pas hésité à dire qu'elle possède en réalité, indépendamment des intentions du législateur et de leur qualification juridique, un caractère à la fois afflictif (privation de liberté ressentie comme un mal par l'intéressé, sinon par autrui) et infamant (caractère stigmatisant de la mesure)[1156] qui l'apparentent à une peine.

Ces différents caractères de la peine ne suffisent cependant pas à lever toute ambiguïté quant à la définition de la peine, ce qui pose un problème quant à l'application d'un certain nombre de principes du droit pénal, tel que la non-rétroactivité qu'on a déjà eu l'occasion de voir[1157]. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer qu'une mesure de sûreté qui vise la « protection de l'intérêt général » ne relève pas de la matière pénale de sorte qu'elle doit être appliquée « dès que la loi qui [la] prévoit, entre en vigueur »[1158]. Il en va de même concernant les lois relatives au sursis[1159] ou à la libération conditionnelle[1160] au motif qu'elles ne contiennent ni incrimination ni peine ou encore, à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines étant donné que ce dernier statue sur les modalités de l'exécution de la peine et non sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale[1161]. À partir du moment où la distinction radicale entre peine et mesure de sûreté tend à s'estomper, ces tempéraments font l'objet d'une remise en question. La Commission pour la révision du Code pénal et l'Avant-projet de Code pénal renonçaient déjà à cette exception, en reconnaissant la non-rétroactivité des lois qui instituent des mesures[1162]. La Cour de cassation a, quant à elle, considéré que la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère s'appliquait à la loi qui supprime la possibilité de prononcer le sursis : « Fixé par le juge, le sursis est une modalité d'exécution de la peine qui fait partie intégrante de celle-ci. La possibilité ou l'impossibilité légale d'en obtenir le bénéfice doit être prévisible au moment de l'infraction »[1163].

B. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

Il ressort de plusieurs arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme que, si les Etats membres demeurent souverains pour déterminer la nature juridique des sanctions prévues en droit interne, la Cour se réserve le pouvoir de contrôler cette qualification afin d'éviter qu'elle ne conduise à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention.

1155 Cass., 25 mars 1946, *Pas.*, I, p. 116. *Cf.* également Cass., 11 décembre 1933, *Pas.*, 1934, I, p. 96 ; Cass., 11 mars 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 703 : « la décision de la juridiction d'instruction ordonnant l'internement d'un inculpé, sur le fondement de l'article 7 de la loi de défense sociale, ne constitue ni une déclaration de culpabilité du chef d'une infraction ni une condamnation à une peine ».

1156 *Cf.* notamment L. CORNIL, *La loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930.* Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1930, p. 49.

1157 Chapitre I, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, §1. L'application de la loi pénale dans le temps. Voy., également, *infra*, concernant la période de sûreté : Chapitre IV. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 1. La motivation de la peine, B. La période de sûreté.

1158 Cass., 1er février 2005, *R.W.*, 2007-2008, n° 5, p. 191 (sommaire). Voy., aussi, à propos de l'internement, Cass.; 21 juin 1965, *Pas*., 1965, I, 1149 et 22 novembre 1977, *Pas*., 1978, I, 321.

1159 Cass., 15 janvier 2002, *Pas*., 2002, n° 28.

1160 Cass., 22 mai 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 969.

1161 Cass., 15 juin 2011, *Pas*., 2011, n° 402.

1162 Commission pour la révision du Code pénal, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, *Moniteur*, 1979, p. 34.

1163 Cass., 13 mai 2015, *Rev. dr. pén*., 2015, p. 980 et suiv., concl. Av. gén. Loop, note Fr. Kuty.

> « Si les États pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'administrative plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention »[1164].

Il en résulte, dès lors, que certaines sanctions qui n'étaient pas qualifiées de peines en droit interne, ont pu être considérées comme relevant de la « matière pénale », au sens de l'article 6 de la Convention. Notons enfin que la référence à la peine figure également à l'article 7 de la Convention (pas de peine sans loi)[1165] ainsi qu'à l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois)[1166]. À cet égard, la Cour a précisé en outre que « la notion de peine ne saurait avoir des acceptions différentes selon les différentes dispositions conventionnelles »[1167].

La Cour a ainsi pu décider qu'une sanction disciplinaire appliquée à des militaires en vertu d'une loi néerlandaise de 1903 relève de la matière pénale, en raison du « degré de sévérité de la sanction »[1168]; qu'une sanction disciplinaire (570 jours de perte de remise de peine) infligée au Royaume-Uni dans un établissement pénitentiaire « s'est apparentée à une privation de liberté, même si juridiquement elle n'en constituait pas une »[1169]; qu'une amende disciplinaire prévue par le Code vaudois de procédure pénale, de même qu'une amende disciplinaire prévue par la législation maltaise s'appliquent chacune à une infraction qui « concerne virtuellement la population tout entière » et présentent donc l'une et l'autre « un caractère pénal », d'autant plus que « l'enjeu revêtait une importance assez grande pour entraîner la qualification pénale »[1170]; qu'une amende disciplinaire pour abus de procédure inscrite dans le Code de procédure civile dont le montant est élevé et qui peut être transformée en emprisonnement à défaut de paiement est suffisamment importante pour être considérée comme pénale[1171]. De la même manière, elle a décidé que les sanctions administratives applicables aux Ordnungswidrigkeiten allemandes (infractions aux ordres de l'administration) présentent une analogie suffisante avec les sanctions pénales, quant au type de comportement sanctionné, quant aux règles de procédure applicables, quant aux fonctions qui leur sont assignées[1172]; qu'une majoration d'impôt prévue à titre de sanction fiscale implique une accusation en matière pénale dans la mesure où elle est prévue par une disposition qui « concerne tous les citoyens », qu'elle vise « pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables », qu' « elle se fonde sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif » et qu'elle revêt une « ampleur

---

1164 *Cf.* notamment Cour eur. D.H., 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne*, § 49.

1165 Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, décision *Van der Velden c. Pays-Bas* (le prélèvement d'un échantillon d'ADN sur une personne condamnée et la conservation de son propre ADN dans un fichier national pendant 30 ans ne constituent pas une peine au sens de l'article 7).

1166 Cour eur. D.H. (GC), 10 février 2009, arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* : application au problème du cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale du principe selon lequel « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ».

1167 Cour eur. D.H., 2 juillet 2002, arrêt *Göktan c. France*, § 48. Voy., aussi, Cour eur. D.H., 8 juin 1995, arrêt *Jamil c. France*.

1168 Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*.

1169 Cour eur. D.H., 28 juin 1984, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni.* Voy., aussi, Cour eur. D.H. (GC), 9 octobre 2003, arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*.

1170 Cour eur. D.H., 22 mai 1990, arrêt *Weber c. Suisse* ; Cour eur. D.H., 27 août 1991, arrêt *Demicoli c. Malte*.

1171 Cour eur. D.H., 14 novembre 2000, arrêt *T. c. Autriche*.

1172 Cour eur. D.H., 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne* ; Cour eur. D.H., 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne*.

considérable »[1173]; qu'une amende administrative prévue par la législation commerciale grecque en matière d'importation et d'exportation était « suffisamment sévère pour considérer la poursuite engagée... comme une poursuite en matière pénale au sens de la Convention »[1174], qu'une amende administrative prévue par la législation slovaque sur les contraventions à l'ordre public sanctionne la transgression d'une règle de droit qui « s'adresse à tous les citoyens » et poursuit un « objectif dissuasif et punitif » révélant que l'infraction « revêtait un caractère pénal au regard de l'article 6 de la Convention »[1175], qu'une sanction administrative telle que le retrait de points relatif au permis de conduire, prévue par la législation française, « revêt... un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire » [1176], qu'une sanction administrative qui sanctionne la participation à une manifestation non autorisée rentre dans la sphère pénale en raison de la nature et de la gravité de la peine[1177], qu'une amende fiscale prévue par la législation suisse « ne tendait pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais avait un caractère essentiellement punitif et dissuasif » et que « l'article 6 s'applique sous sa rubrique pénale »[1178], qu'une mesure de réparation civile, prévue par un décret adopté par la Région flamande, « peut être regardée comme une 'peine' au sens de la Convention »[1179], qu'une mesure de sûreté telle que la détention de sûreté prévue par la législation allemande « doit être qualifiée de 'peine' aux fins de l'article 7, § 1 de la Convention »[1180]. La décision *Matyjek c. Pologne* du 30 mai 2006 est sans doute la plus inédite dans la mesure où la Cour estime que l'article 6 est applicable à une procédure de lustration. En l'espèce, une personne convaincue d'avoir soumis une fausse déclaration n'est passible ni d'une peine d'emprisonnement, ni d'une amende, mais de l'interdiction d'exercer certaines professions. La gravité de cette sanction doit donc passer pour revêtir un caractère au moins en partie répressif et préventif[1181].

La Cour de cassation a également pu décider qu'une sanction administrative, tout en ne constituant pas une peine au sens de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, constituait une peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et devait se voir appliquer, à ce titre, le principe de rétroactivité de la loi la plus douce[1182].

L'autonomie de l'interprétation de la matière pénale joue cependant dans les deux sens : « si la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas liée par l'interprétation de termes (…) par les cours nationales, ces cours nationales ne sont pas liées par l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure au moins où cette interprétation entraîne des

---

1173 Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France* ; Cour eur. D.H., 23 juillet 2002, arrêt *Janosevic c. Suède*.

1174 Cour eur. D.H., 24 septembre 1997, arrêt *Garyfallou Aebe c. Grèce*.

1175 Cour eur. D.H., 2 septembre 1998, arrêt *Kadubec c. Slovaquie.*

1176 Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, arrêt *Malige c. France*. Voy., toutefois, en sens contraire Cour eur. D.H. (GC), 28 octobre 1999, arrêt *Escoubet c. Belgique* et A. VANDEBURIE, *Le retrait immédiat du permis de conduire et son contrôle juridictionnel. De l'arrêt Escoubet à la loi du 20 juillet modifiant les lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière*, Bruxelles, La Charte, 2007.

1177 Cour eur. D.H., 1er février 2005, arrêt *Ziliberberg c. Moldova.*

1178 Cour eur. D.H., 3 mai 2001, arrêt *J.B. c. Suisse*.

1179 Cour eur. D.H., 27 novembre 2008, arrêt *Hamer.*

1180 Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, arrêt *M. c. Allemagne.*

1181 Cour eur. D.H., 30 mai 2006, décision *Matyjek c. Pologne.*

1182 Cass., 14 mars 2005.

conséquences qui ne sont pas pertinentes pour l'application de la CEDH »[1183], comme l'a relevé un arrêt de la Cour d'arbitrage :

> « La qualification de pénale, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une amende administrative ou fiscale n'a pas pour conséquence que cette amende soit de nature pénale au sens de la législation belge »[1184].

Ces différentes décisions font clairement apparaître que la notion de « peine » a une signification plus large dans le cadre de l'article 6 de la Convention que dans le droit interne des différents États membres[1185]. Il semble, en revanche, impossible de dégager des critères d'appartenance que toutes les décisions de la Cour européenne auraient en commun pour déterminer la « matière pénale »[1186]. Comme on peut le remarquer, la Cour semble avoir consacré, dans chacune de ces espèces, des critères de nature partiellement différente (qualification donnée officiellement et en fait, actuellement et antérieurement, à la mesure ; caractères de l'acte sanctionné ; fonctions de la sanction et degré de sévérité, notamment en termes de privation de liberté). Il convient cependant de rappeler que, à l'exception de la qualification de pénale qui semble déterminante à elle seule[1187], les autres critères sont généralement considérés par la Cour comme ayant un caractère « alternatif » et non « cumulatif », ce qui permet de voir en chacun d'eux une condition suffisante, mais non nécessaire, pour rattacher une sanction à la matière pénale[1188].

Parfois, cependant, « si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire »[1189], une approche cumulative se trouve suivie et aboutit alors à retenir la

---

1183 M. BOES, « Amendes administratives, sanctions pénales », obs. sous C.A., 2 mars 1995, *Amén.*, 1995, n° 1, p. 32.

1184 C.A., 2 mars 1995, arrêt n° 18/95, *M.B.*, 11 mai 1995, p. 12623. Dans le même sens, *cf.* notamment C.A., 6 décembre 2000, arrêt n° 127/2000 ; C.A., 1er mars 2001, arrêt n° 24/ 2001 ; C.C., 12 décembre 2007, arrêt n° 151/2007 ; C.C., 16 juillet 2009, arrêt n° 119/2009; Cass., 28 octobre 2008; Cass., 4 novembre 2008; Cass., 24 novembre 2009.

1185 A cet égard, certains auteurs soutiennent que l'article 6 de la Convention joue un rôle important dans le mouvement de repénalisation du droit social et fiscal. *Cf.* A. DE NAUW, « De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penalisatie in het ondernemingsrecht », *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Die Keure, 2001, p. 487 et s.

1186 Depuis l'arrêt *Engel*, la Cour a consacré trois critères susceptibles de déterminer si une mesure relève de la « matière pénale »: le fait que « le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non du droit pénal d'après la technique juridique de l'État défendeur » (critère que la Cour considère cependant comme un simple « point de départ », dont la valeur n'est que « formelle » et « relative »); la nature même de l'infraction (critère que la Cour considère comme un « élément de plus grand poids »); la « nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé » (critère dont la Cour a pu dire, dans l'arrêt *Lutz*, qu'il avait un caractère « alternatif » et non « cumulatif » par rapport au précédent). Sur la réunion de ces trois critères, Cour eur. D.H. (GC), 15 décembre 2005, arrêt *Kyprianou c. Chypre*. De manière générale, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2005, p. 467 et s.

1187 *Cf.* notamment S. VAN DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 96. C'est en ce sens que la Cour a pu affirmer que « l'autonomie' de la notion de 'matière pénale' opère pour ainsi dire à sens unique » (Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt Engel et autres c. Pays-Bas).

1188 Cour eur. D.H., 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne* ; Cour eur. D.H. (GC), 9 octobre 2003, arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* ; Cour. eur. D.H., 1er février 2005, arrêt *Ziliberberg c. Moldova ;* Cour. eur. D.H., 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande ;* Cour. eur. D.H., 31 juillet 2007, arrêt *Zaicevs c. Lettonie ;* Cour. eur. D.H., 4 mars 2008, arrêt *Hüseyin Turan c. Turquie*.

1189 Cour eur. D.H. (GC), 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande* ; Cour. eur. D.H., 31 juillet 2007, arrêt *Zaicevs c. Lettonie ;* Cour. eur. D.H., 4 mars 2008, arrêt *Hüseyin Turan c. Turquie*.

« prédominance » des aspects qui « présentent une coloration pénale »[1190]. Il en résulte non seulement une relativisation des frontières établies en droit interne entre les peines et les sanctions de nature non pénale, mais encore une incertitude importante concernant les limites de la matière pénale ainsi conçue qui ne peut être tranchée selon une stricte « logique binaire d'appartenance ou de non-appartenance »[1191]. Cette incertitude paraît encore accrue depuis l'arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006 dans lequel la Cour distingue cette fois, au sein de la matière pénale elle-même, certaines sanctions qui, telles les majorations d'impôt, ne font « pas partie du noyau dur du droit pénal » et décide en conséquence que « les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'(y) appliquer dans toute leur rigueur ». La Cour introduit ainsi une nouvelle distinction qui rappelle singulièrement les doctrines positivistes entre les infractions qui font partie du noyau dur du droit pénal et celles qui n'en relèvent pas.

La Cour européenne a également remis en cause la distinction entre peine et mesure relative à l'exécution de la peine en énonçant que « la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours nette en pratique »[1192] et n'excluant pas « que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la 'peine' infligée par le juge qui l'a prononcée ». Ce faisant, des dispositions portant sur l'exécution des peines, prises postérieurement au prononcé de celle-ci, sont susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article 7 de la Convention européenne : « S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7, § 1er se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée a posteriori, et à leur détriment » [1193].

§ 2. Caractères

On peut relever **cinq** caractères de la peine. Elle est légale, obligatoire, égale, personnelle et individuelle.

A. Légale

Le principe de la légalité des peines découle de l'article 14 de la Constitution : « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi » et constitue le pendant du principe de la légalité des incriminations. Nous renvoyons, pour le surplus, *supra*[1194].

1190 *Cf.* notamment Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France ;* Cour eur. D.H. 21 mars 2006, décision *Valico S.R.L. c. Italie*.

1191 A ce sujet, *cf.* notamment M. DELMAS-MARTY, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *Dalloz-Sirey*, 1986, *Chron.*, p. 27 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1986, p. 317 et s. ; M. DELMAS-MARTY, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la 'logique du flou' », *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 1031 et s.

1192 Cour. eur. D.H., arrêt *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, § 121 ; arrêt *Kafkaris c. Chypre*, 12 février 2008, § 142.

1193 Cour. eur. D.H., arrêt *Del Rio Prada c. Espagne,* 21 octobre 2013, §§ 85 et 89.

1194 Chapitre I, Section 4. Les sources du droit pénal, § 1. Le principe de légalité.

B. Obligatoire

La peine est en principe obligatoire, au sens où, à la différence du ministère public qui a le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, le juge, une fois saisi et convaincu de ce que les conditions d'application de la peine sont réunies, est tenu légalement de la prononcer.

> « Il n'est... pas permis au tribunal, quelles que soient les conceptions personnelles de ceux qui le composent, d'acquitter par opportunité ; ... il a le devoir absolu de prononcer une condamnation si... tous les éléments constitutifs de chaque infraction sont réunis, à moins qu'il ne constate l'existence d'une cause de justification qui supprimerait la culpabilité du prévenu »[1195].

La Cour de cassation a notamment eu l'occasion d'appliquer ce principe en cassant des arrêts qui avaient déclaré établi le fait mis à charge du prévenu, mais acquitté celui-ci sans invoquer l'existence d'une cause légale de justification[1196] « en raison du peu d'importance de ce fait »[1197] ou parce que « l'amende est, dans une affaire déterminée, disproportionnée à la nature de l'infraction ou aux moyens financiers du prévenu »[1198].

Le caractère obligatoire de la peine ne s'applique strictement qu'aux peines principales, car les peines accessoires ont tantôt un caractère facultatif tantôt un caractère obligatoire[1199].

Par ailleurs, différents mécanismes dispensent le juge de prononcer une peine. Ainsi, en cas de dépassement du délai raisonnable, le juge peut déclarer le prévenu coupable des faits mis à sa charge sans prononcer de peine, aux termes de l'article 21*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale[1200]. Il en va de même en cas de concours idéal d'infractions[1201], sur la base de l'article 65, alinéa 2 du Code pénal ou en cas d'excuse absolutoire[1202]. Enfin, si le prévenu entre dans les conditions pour en bénéficier, le juge peut également suspendre le prononcé de la condamnation sans prononcer de peine (art. 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation)[1203]. La déclaration de culpabilité n'empêche pas le dédommagement de la partie civile, la condamnation aux frais de justice, la restitution ni la confiscation[1204].

1195 Corr. Namur, 9 mars 1984, *R.R.D.*, 1985, p. 292.

1196 Cass., 9 juillet 1951, *Pas.*, I, p. 777.

1197 Cass., 12 mars 1956, *J.T.*, 1956, I, p. 492.

1198 Cass., 18 mai 1999, *Pas.*, I, p. 288. Voy., en matière de confiscation, Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 254 et les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH : le juge « ne doit ni ne peut soumettre l'infliction de cette peine à une mise en balance des intérêts de la propriété par rapport aux nécessités de l'utilité publique ».

1199 Il en va ainsi notamment de l'interdiction des droits civils et politiques, de la confiscation spéciale, de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines. Voy., *infra*, Section 2. La classification des peines, § 1. Classification des peines selon les rapports qu'elles ont entre elles, B. Peines accessoires ou complémentaires.

1200 Art. 21*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : « Si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Si le juge prononce la condamnation par simple déclaration de culpabilité, l'inculpé est condamné aux frais et, s'il y a lieu, aux restitutions. La confiscation spéciale est prononcée ».

1201 Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 2. Le concours d'infractions, B. Le concours idéal.

1202 Voy., infra, Section 4. La mesure de la peine, § 3 Les causes d'excuses ; B. Deux sortes d'excuse, 1. Les excuses absolutoires.

1203 Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale, A. La suspension du prononcé de la condamnation.

1204 Cass., 12 février 2008.

Malgré différents projets de réforme, « la déclaration de culpabilité » n'est pas encore reconnue comme peine à part entière[1205]. L'*Avant-projet de Code pénal* (1970) prévoyait déjà, dans son article 157, que « le juge peut, sans plus, déclarer la culpabilité du prévenu »[1206] tandis que l'article 50 de l'Avant-projet de Code pénal (2016) propose que le juge puisse « prononcer la condamnation par déclaration de culpabilité lorsqu'il constate au vu des circonstances concrètes de la cause que les faits jugés présentent une gravité limitée ou que l'écoulement du temps rend la prononciation d'une autre peine inopportune »[1207].

C. Égale

Il est traditionnel d'affirmer également que la peine est égale, au sens où « tous les individus ayant perpétré le même délit, tombent sous le coup du même texte répressif et encourent les pénalités qu'ils comminent »[1208]. Ce principe d'égalité devant la peine culminait avec le système des peines fixes prévu par le Code pénal révolutionnaire de 1791. Comme certains l'ont souligné, cependant, « ce principe, net en théorie, est malaisé dans son application »[1209]. Dans la mesure où les textes répressifs eux-mêmes favorisent une diversification et une individualisation de plus en plus poussée des peines, tant au stade du prononcé qu'à celui de l'exécution, il apparaît en effet que ce principe ne saurait conserver la portée essentielle qu'il possédait à l'origine dans les théories classiques du droit pénal[1210].

D. Personnelle

La peine doit être personnelle, au sens où elle ne peut en principe atteindre une autre personne que l'auteur de l'infraction. La Cour de cassation a ainsi rappelé qu'en abrogeant la confiscation générale, « l'article 17 de la Constitution prohibe la peine qui, atteignant tout le patrimoine, cesserait d'être individualisée et frapperait la famille du délinquant »[1211]. Le juge qui condamne un prévenu doit donc indiquer expressément qu'il a commis le fait mis à sa charge[1212]. Il en résulte également que l'action publique s'éteint par la mort de l'inculpé (art. 20 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale), que les peines s'éteignent par la mort du condamné

1205 Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, 2e partie, Bruxelles, s.d. (2003), p. 28.

1206 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, pp. 50 et 166-167.

1207 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal ..., op. cit.*, p. 150 à 153. Concernant la déclaration de culpabilité sans prononcé de peine en droit comparé, *cf.* M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir*, *op. cit.*, p. 195 et s.

1208 A. BRAAS, *Précis de droit pénal,* 3e éd., Bruxelles-Liège, Bruylant-Vaillant-Carmanne, 1946, p. 173.

1209 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit*., p. 152.

1210 *Cf.* à cet égard, J. MESSINNE, « L'égalité et l'individualisation de la peine », *L'égalité*, vol. IV, R. Dekkers, P. Foriers et Ch. Perelman et L. Ingber (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 7 et s. En ce qui concerne les aspects les plus récents d'une telle tendance, *cf.* Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique », *Arch. pol. crim.*, 1989, p. 235 à 238.

1211 Cass., 3 mai 2006. *Cf.* également S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *Rev. sc. crim.*, 1998, n° 4, p. 703 et s. Concernant l'application du principe, *cf.* notamment Cass., 12 janvier 1989, *J.T.*, 1989, p. 437 et Cass., 4 février 1992, *Pas.*, I, p. 491 ; Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1231 ; Cass., 26 octobre 1994, *Pas.*, I, p. 864 ; Cass., 24 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 115 où la Cour a considéré que viole le principe général de la personnalité des peines le juge qui condamne le prévenu à une peine, tout en admettant que le fait a pu être commis par une autre personne. *Cf.* également Cass., 24 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 604 où la Cour décide que l'arrêt qui ordonne une peine de confiscation sans identifier le prévenu auquel il l'applique méconnaît le principe général de la personnalité des peines.

1212 Cass., 24 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 115.

(art. 86 du Code pénal) et ne peuvent être prononcées contre ses héritiers. Par ailleurs, il n'existe pas, contrairement à la responsabilité civile, de responsabilité pénale du fait d'autrui[1213].

Le principe connaît toutefois des exceptions lorsqu'une peine accessoire, telle la fermeture d'un établissement[1214] ou la confiscation de certains biens, a un caractère « réel » et s'impose, de ce fait, à toute autre personne physique ou morale que l'auteur de l'infraction[1215]. La Cour de cassation a ainsi pu décider que : « la confiscation des avantages patrimoniaux délictueux ou d'un montant y correspondant (…) sont l'une et l'autre des peines présentant un caractère réel »[1216]. Dans ce cas, les tiers qui prétendent avoir des droits sur le bien susceptible d'être confisqué ou fermé doivent être admis à comparaître dans l'instance pour se défendre[1217].

L'article 67 de la loi relative à la circulation routière stipule, par ailleurs, que les personnes civilement responsables, aux termes de l'article 1384 du Code civil, des dommages-intérêts et frais, le sont également de l'amende. Comme le souligne la Cour de cassation, qui a admis que l'employeur est civilement responsable des amendes auxquelles ses préposés ou mandataires ont été condamnés, « il s'agit d'une dérogation au principe du droit de la personnalité des peines »[1218]. Enfin, bien qu'il s'agisse d'une mesure à disposition du parquet, la possibilité pour ce dernier, aux termes de l'article 45*bis* de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la

---

1213 Voy., l'article 50*bis* du Code pénal en matière d'amendes : « Nul ne peut être tenu responsable du paiement d'une amende à laquelle une autre personne est condamnée, s'il est condamné pour les mêmes faits ».

1214 Voy., notamment, l'article 382, § 3 du Code pénal en cas d'infractions visées aux articles 379 et 380 (corruption de la jeunesse et prostitution): « Sans avoir égard à la qualité de la personne physique ou morale de l'exploitant, propriétaire, locataire ou gérant, le tribunal peut ordonner la fermeture de l'établissement dans lequel les infractions ont été commises, pour une durée d'un mois à trois ans ». Voy. également l'article 4, § 4*bis* de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes qui autorise le juge à ordonner la fermeture temporaire d'un débit de boissons ou de tout autre établissement où des infractions ont été commises, y compris lorsque le condamné n'est ni propriétaire, ni exploitant de l'établissement.

1215 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 153. *Cf.* Cass., 2 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 70 ; Cass., 16 mars 1970, *Pas.*, I, p. 632 ; Cass., 11 octobre 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 71 ; Cass., 21 mai 1986, *Pas.*, I, p. 1147 ; Cass., 4 juillet 1986, *Pas.*, I, p. 1345 ; Cass., 14 juin 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 1025 ; Cass., 16 octobre 2007 ; Cass., 12 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 28, avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch. L'importance de cette exception s'est considérablement accrue depuis de nombreuses années. Ainsi, la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* au même code, qui ordonne la confiscation obligatoire de l'objet du recel élargi et du blanchiment de capitaux, même s'il n'appartient pas au condamné. Voy., aussi, la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil, qui prévoit, aux termes de l'article 433*terdecies* du Code pénal, la confiscation obligatoire des immeubles ayant servi à commettre l'infraction prévue à l'article 433*decies* même si la propriété n'en appartient pas au condamné.

1216 Cass., 4 septembre 2007.

1217 La Cour constitutionnelle a ainsi considéré que viole les articles 10 et 11 de la Constitution l'article 222, § 1er, de la loi générale du 18 juillet 1977 relative aux douanes et accises qui impose la confiscation du véhicule employé à la fraude ou mis en usage à cet effet sans exiger que le véhicule ne soit la propriété du prévenu, dans la mesure où cet article ne permet pas au propriétaire d'établir qu'il est étranger à l'infraction et d'obtenir la restitution de son bien (arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001). Faisant suite à ces arrêts, la loi du 20 juillet 2005 a ajouté un quatrième paragraphe à l'article 222 disposant que la confiscation ne sera pas prononcée si le propriétaire du moyen de transport démontre qu'il est étranger à l'infraction. La Cour constitutionnelle a tenu le même raisonnement à propos de l'article 221 de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, confirmé par l'article 1er de la loi du 6 juillet 1978 (arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002).

1218 Cass., 8 avril 2008, *Pas*., 2008, p. 835.

jeunesse de proposer aux parents du mineur ayant commis un fait qualifié infraction, d'accomplir un stage parental, peut être vue comme une entorse à la personnalité des peines.

E. Individuelle

La peine, enfin, est individuelle, au sens où elle doit être en principe prononcée contre chaque condamné. Il en résulte que, sauf dérogation légale, les peines ne peuvent être prononcées ni collectivement ni solidairement contre plusieurs condamnés en raison d'une même infraction[1219]. L'article 39 du Code pénal fait notamment application de ce principe général en matière d'amende : « L'amende est prononcée individuellement contre chacun des condamnés en raison d'une même infraction ».

> « Ni l'article 50 du Code pénal ni aucune autre disposition légale n'autorisent le juge à condamner solidairement plusieurs personnes à une même peine, fût-elle accessoire »[1220].

En revanche, les individus condamnés pour une même infraction sont tenus solidairement des restitutions, dommages et intérêts et frais de justice (art. 50 du Code pénal).

Section 2. Les fonctions des peines

On peut brièvement rappeler quelles sont les principales fonctions que sont susceptibles de remplir les peines en général[1221]. Nous évoquerons successivement les fonctions de prévention, de réparation, de rétribution et de renforcement symbolique des normes. Il ne fait pas de doute cependant que ces fonctions devraient être spécifiées à différents points de vue : selon l'évolution des mentalités et des attentes dominantes du moment, ainsi que des recherches empiriques disponibles ; selon la nature des peines envisagées, étant donné que toutes les peines ne sont pas également susceptibles de remplir n'importe quelle fonction ; selon le niveau – établissement, prononcé ou exécution – auquel la peine est considérée. Seul un aperçu général du problème sera esquissé ici et nous, renvoyons, pour le surplus, à la première partie du syllabus[1222].

§ 1. Fonction de prévention

Au regard des conceptions qui ont très largement dominé la criminologie et la théorie pénale durant ces deux derniers siècles, on serait tenté de dire que les peines, quelle que soit leur nature, remplissent avant tout une fonction de prévention. La peine vise d'abord à freiner, voire à empêcher l'accomplissement de comportements jugés indésirables.

On distingue généralement la prévention générale de la prévention spéciale.

1219 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 153; Cass., 8 janvier 1951, *Pas.*, I, p. 282.

1220 Cass., 27 mai 2009. Des dérogations sont toutefois prévues par le législateur comme à l'article 505, alinéas 6 et 7 du Code pénal qui stipulent que les choses visées au paragraphe 1er, 2° à 4° dudit article, en ce compris les sommes d'argent équivalentes, sont confisquées dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction. Voy., à ce sujet, Cass., 6 novembre 2007.

1221 A cet égard, *cf.* Egalement M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005, n° 127, p. 22 et s.

1222 Voy., *supra*, Chapitre I, Introduction historique à la pensée pénale.

A. Prévention générale

Par prévention générale, on vise la dissuasion ou l'intimidation collective de tous les contrevenants potentiels. La peine est un message qui doit atteindre l'ensemble du corps social. Cette perspective utilitariste est largement développée dans la pensée classique par des auteurs comme BECCARIA et BENTHAM qui ont fait de cette fonction la principale finalité des peines. Au terme de multiples recherches empiriques qui ont été consacrées à la fonction dissuasive des peines[1223], on peut cependant douter de son efficacité[1224]. En particulier, comme certains l'ont souligné, il semble que « beaucoup d'illusions s'écroulent », car tout ce qui pourrait ressortir de ces travaux, c'est que « la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile »[1225], c'est-à-dire pour les personnes dont « l'attirance pour la déviance » est relativement faible[1226].

B. Prévention spéciale

Qu'en est-il, par ailleurs, de la prévention spéciale, c'est-à-dire de l'aptitude de la peine à empêcher l'individu qui en est frappé de commettre de nouvelles infractions dans l'avenir, soit d'éviter la récidive ? D'une façon générale, les espoirs qui ont été mis dans les différentes formes de prévention spéciale n'ont pas été couronnés de plus de succès. Sans doute l'élimination radicale du délinquant, recommandée par des auteurs comme GAROFALO pour les criminels « typiques », apparaît-elle comme une solution « efficace », mais qui se heurte évidemment à plusieurs limites, dont le coût humain et économique de la peine privative de liberté.

Pour atteindre cette fonction de prévention spéciale, on a, durant plusieurs décennies, associé la peine à un idéal de traitement, de resocialisation et de réinsertion[1227]. Ici encore, cependant, un très large scepticisme a succédé à l'engouement dominant et l'on a assisté progressivement au déclin progressif du « modèle thérapeutique » et de « l'idéal de réhabilitation »[1228]. Si la

---

1223 *Cf.* Notamment P. GUIBENTIF, « Retour à la peine : contexte et orientations des recherches récentes en prévention générale », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 3, p. 293 et s.

1224 Ph. ROBERT, « Les effets de la peine pour la société », *La peine, quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Paris, Cerf, 1983, pp. 105-106 ; A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 14 : « La fonction de prévention générale négative (dissuasion des infracteurs potentiels), sur laquelle se fonde encore en bonne partie le consensus dont le système pénal jouit dans le sens commun, peut être considérée à son tour comme une hypothèse empiriquement non contrôlée et non contrôlable ».

1225 G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, p. 194.

1226 A.C. BERGHUIS, La prévention générale : limites et possibilités, Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 93. Cf. Egalement M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. int. Crim. Pol. Techn*., 1985, n° 3, p. 275 : « De toute évidence, la crainte du châtiment n'a qu'un effet limité. Il n'en reste pas moins qu'elle a un certain effet, au moins sur les citoyens habituellement honnêtes qui pourraient fort bien se laisser tenter par le crime si l'impunité leur était assurée ».

1227 *Cf.* Notamment, La réinsertion. Etat des lieux et perspectives d'avenir, Archives de politique criminelle, n° 22, 2000, p. 97 et s.

1228 G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, *op. cit.*, p. 175 et s. ; G. KELLENS, « Croit-on encore au traitement des délinquants et à la resocialisation ? Les idées en Belgique et ailleurs », *Les objectifs de la sanction pénale*, *op. cit.*, p. 29 et s. ; G. KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales. La mesure de la peine*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1991, p. 285 et s.

resocialisation peut parfois constituer un effet bénéfique de la peine, cet effet reste marginal et aléatoire et ne compense pas le nombre ni l'intensité des effets de désocialisation et d'exclusion qu'elle engendre par ailleurs.

Une jurisprudence intéressante a été rendue récemment par le tribunal correctionnel de Liège concernant justement l'utilité de la peine privative de liberté et son coût. Il s'agissait d'une affaire de vol alimentaire. Le tribunal a souligné que la loi pénale ne peut être utilisée comme réponse aux défis de la pauvreté et de la marginalité. Seule une politique publique interventionniste et bienveillante peut présenter quelque chance de succès. La question de l'enfermement se pose dans les dossiers de vol alimentaire si l'on veut bien avoir égard au coût que représente l'incarcération d'un détenu. L'argent du contribuable serait davantage utile dans un programme social que dans un programme carcéral. L'emprisonnement ne se limite pas à la seule privation de liberté, le système y ajoutant une absence de prise en charge (qui prive l'incarcération des outils qui ont été prévus pour la rendre socialement utile) et une souffrance humaine inutile du fait des conditions de détention alors que l'exécution de la peine ou mesure privative de liberté doit s'effectuer dans des conditions psychosociales, physiques et matérielles qui respectent la dignité humaine, permettent de préserver ou d'accroître chez le détenu le respect de soi et sollicitent son sens des responsabilités personnelles et sociales et que, durant l'exécution de la peine, il convient d'empêcher les effets préjudiciables évitables de l'incarcération. L'emprisonnement doit être réservé aux cas où la sécurité ou la santé publiques sont en danger. La dignité humaine empêche de priver une personne de sa liberté par la contrainte sans œuvrer en même temps à sa réinsertion et sans lui fournir une chance de recouvrer un jour cette liberté. Le principe de réinsertion, qui vise le retour dans la société d'une personne qui a fait l'objet d'une condamnation pénale, se trouve reflété dans diverses normes internationales, est aujourd'hui reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à plusieurs articles de la Convention et y revêt même une importance croissante[1229].

§ 2. Fonction de réparation[1230]

L'idée de réparation est sans doute liée, dès ses origines, à la peine et apparaît d'ailleurs encore dans l'affirmation courante selon laquelle le délinquant doit « payer pour son crime ».
Cette idée de paiement n'a évidemment de sens que si l'on présuppose que l'infraction commise a un caractère dommageable, qu'elle constitue une « offense » pour autrui ou pour la société et que cette offense doit être réparée par la peine qui constitue en quelque sorte le « prix » qui la compense et la « rachète ». C'est en ce sens que l'on a pu parler également, avec certaines connotations religieuses, d'une fonction « rédemptrice » ou « expiatoire » de la peine.

La réparation que vise la peine ne se situe pas à un niveau concret, mais seulement à un niveau symbolique, voire religieux ou magique[1231]. En effet, si la peine peut être, dans cette perspective, strictement mesurée à l'importance du dommage causé, comme le veut la loi du talion, par exemple – œil pour œil, dent pour dent –, il est évident que le fait d'infliger cette privation à autrui n'aura pas pour effet concret de restituer à la victime le bien dont elle a été privée ni de compenser matériellement le dommage physique ou moral qu'elle a subi. Le fait d'infliger une

---

1229 Corr. Liège (div. Liège, 16e ch.), 14 avril 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1138.

1230 *Cf.* Notamment B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Paris, L.G.D.J., 2007.

1231 P. PONCELA, « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., 1983, p. 15.

peine à autrui ne peut donc fournir à la victime et à ses proches[1232] qu'une réparation ou une satisfaction purement morale, psychologique ou symbolique[1233].

La même interprétation peut être soutenue au niveau de la satisfaction symbolique de l'intérêt de la société à l'application de la peine, qui vise à réparer le mal causé à la société, comme le souligne, un arrêt de la cour d'appel de Liège du 12 mars 1973 affirmant que « la peine... a pour but de réparer le trouble social causé par l'infraction »[1234]. DURKHEIM ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait que la peine « répare le mal que le crime a fait à la société »[1235].

On peut par ailleurs se demander si la sanction pénale n'est pas encore susceptible de remplir une fonction réparatrice plus concrète et instrumentale, visant à inclure la réparation du dommage causé à la victime[1236] ou à la collectivité, dans la sanction pénale. On pense ainsi à la médiation pénale (« médiation-mesures ») qui prévoit, comme modalité de la sanction, la réparation ou l'indemnisation réelle du dommage causé à la victime (art. 216*ter* du Code d'instruction criminelle) ou, encore, à la peine de travail, visant la réparation symbolique du dommage causé à la société (art. 37*quinquies* du Code pénal)[1237].

§ 3. Fonction de rétribution

L'idée que la peine puisse être associée à la notion de rétribution est sans doute l'une des plus anciennes fonctions de la peine et les sanctions pénales sont, par leur nature même, particulièrement aptes à remplir cette fonction[1238].

L'idée de rétribution, de punition ou de répression, correspond à une certaine conception de la justice qui veut que l'on prenne en considération le mal inhérent à l'infraction commise et qu'on lui fasse correspondre un mal équivalent (la peine)[1239]. Si la prévention se tourne

---

1232 Voy., notamment, J.-F. CAUCHIE et J. SAUVAGEAU, « Le deuil des proches de victimes au service de la pénalité. Quand livrer de la douleur met un peu de baume au cœur », *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Fr. Tulkens, Y. Cartuyvels et Ch. Guillain (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 237 et s.

1233 A cet égard, voy., notamment, M.-L. CESONI et R. RECHTMAN, « La réparation psychologique' de la victime : une nouvelle fonction de la peine ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 158 et s.

1234 Liège, 12 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 424.

1235 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 77.

1236 *Cf. supra*, l'évocation de cette tendance à propos du phénomène de privatisation partielle du droit pénal.

1237 *Cf.* les développements précédant la proposition de loi du 29 mars 2000 modifiant le Code pénal et instaurant le travail d'intérêt général et la formation comme peine de substitution (*Doc.*, Chambre, 1999-2000, n° 50-0549/001, p. 4): « La prestation de services au profit de la communauté est en quelque sorte un mode de réparation symbolique du dommage que toute infraction comporte à l'égard du groupe social ».

1238 *Cf.* notamment P. PONCELA, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 28: « La notion de rétribution est l'autre nom de la peine: punir c'est toujours rétribuer ». En ce sens, il ne paraît pas pertinent de « présenter la rétribution comme un objectif de la peine parce qu'en réalité, elle constitue une caractéristique inhérente de la peine » (COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DETENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *Rapport final*, 2e partie, Bruxelles, 2003, p. 24).

1239 *Cf.* notamment M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *op. cit.*, p. 277 : « la rétribution peut être définie comme ce que l'on donne en échange de ce qu'on reçoit... Elle stipule qu'il doit y avoir équivalence entre l'action et la réaction. Dans le domaine qui nous occupe, la peine rétributive sera celle qui sera donnée en échange d'un crime ».

essentiellement vers l'avenir (considération d'un mal futur)[1240] et la réparation vers le présent[1241] (considération d'un mal actuel), la rétribution se tourne donc essentiellement vers le passé.

Si l'idée de rétribution suppose ainsi le respect d'une certaine forme d'équivalence entre deux maux (l'infraction et la peine), cette équivalence se situe à un niveau essentiellement symbolique[1242]. Le fait que l'infraction pénale ne puisse être réprimée qu'au cas où elle est moralement imputable à son auteur, de même que le fait que le législateur ait consacré une échelle de gravité parallèle des infractions et des peines, consacrant ainsi au moins partiellement le principe de la proportionnalité de la peine à la gravité objective de l'infraction, sont des principes qui, malgré leur affaiblissement progressif, contribuent largement à ce que la peine remplisse une fonction de nature rétributive.

Les utilitaristes ont néanmoins souligné qu'une sévérité démesurée suscite davantage l'aversion que l'adhésion et qu'une proportionnalité raisonnable entre la peine et la gravité de l'infraction constitue donc une condition de sa légitimation et, par là même, de son efficacité[1243]. Dissuasion et rétribution ne sont donc pas étrangères l'une à l'autre et les nouveaux plaidoyers en faveur d'une répression plus accrue se plaisent à le souligner.

Par ailleurs, si les fonctions de traitement ou de réhabilitation de la peine ont longtemps été jugées incompatibles avec l'idée de rétribution, les conceptions semblent évoluer. Parallèlement à la crise qui a affecté l'efficacité du rôle thérapeutique de la peine, on a vu se développer progressivement, dans certains milieux psycho-médicaux, l'idée que la rétribution devait faire partie intégrante du traitement, voire parfois l'idée que la rétribution pouvait constituer en elle-même le traitement le plus efficace[1244]. Dans cette perspective, dès lors, loin d'être incompatibles, rétribution et prévention spéciale deviennent indissociables et tendent même à se confondre.

§ 4. Fonction de renforcement symbolique des normes

Par fonction de renforcement symbolique des normes, on peut entendre le fait qu'elle exprime symboliquement à l'égard du corps social tout entier l'attachement que l'on témoigne à l'égard de certaines normes, à l'égard des comportements qui s'y conforment et à l'égard des valeurs qu'elles consacrent[1245]. En ce sens, comme l'a suggéré DURKHEIM par exemple, la sanction n'est

---

1240 *Cf.* notamment Y. CARTUYVELS et F. OST, Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, pp. 71 et s.

1241 *Cf.* notamment F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? », *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 477 et s.

1242 P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Arch. phil. dr.*, t. 26, 1981, pp. 68-69.

1243 *Cf.* en ce sens notamment F.A. ALLEN, *The decline of the rehabilitative ideal. Penal policy and social purpose*, New Haven-Londres, Yale University press, 1981, p. 66 et s., qui explique ainsi le regain aux Etats-Unis des théories du « just punishment » et du « just desert ».

1244 On a notamment parlé en ce sens de « thérapie de la réalité » (D.B. WEXLER, *Criminal commitments and dangerous mental patients : legal issues of confinement, treatment and release*, Rockville, 1976, p. 52). A ce sujet *cf.* également T. BALTHAZAR, « Het cynisch credo van de vierde kamer : de gevangenis als therapie », note sous Gand, 19 novembre 1991, *T.G.R.*, 1992, p. 25 et 26.

1245 *Cf.* également G. KELLENS, *La mesure de la peine*, *op. cit.*, p. 194 qui parle, à cet égard, de la fonction « socio-pédagogique ». *Cf.* également J. FEINBERG, « The expressive function of punishment », in *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton, Princeton University press, 1970, pp. 102 et s., qui parle, quant à lui, de fonction « expressive » ; G. KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*,

pas tant dirigée à l'encontre des délinquants, qu'à l'égard des « honnêtes gens », c'est-à-dire ceux qui adhèrent aux normes en question et qui se voient confortés dans leurs convictions.

La peine remplit incontestablement une fonction symbolique ou socio-pédagogique et le droit a traditionnellement mis l'accent sur la nécessité de renforcer les normes morales en les faisant adopter par le législateur, même si celles-ci ne faisaient ensuite l'objet que d'une application très limitée[1246]. C'est ce qui peut expliquer la distorsion entre l'édiction d'une norme pénale (criminalisation primaire) et son application (criminalisation secondaire). Un nombre important de normes pénales est ainsi édicté, sans être véritablement appliqué. C'est la fonction symbolique de la norme pénale qui est ici mobilisée, indépendamment de sa fonction instrumentale. L'inflation pénale qui caractérise actuellement notre système juridique peut d'ailleurs s'expliquer partiellement à la lumière de cette idée. L'incrimination pénale d'un comportement paraît en effet chargée d'un tel symbolisme que le législateur, de même que les groupes d'intérêts susceptibles d'appuyer son intervention, semblent craindre de plus en plus de discréditer la norme édictée en ne l'assortissant d'aucune sanction pénale.

Le fait que cette fonction paraisse redécouverte à l'heure actuelle[1247] où nos sociétés prennent progressivement conscience de l'efficacité limitée des fonctions instrumentales de la peine[1248] et ont tendance à réactiver des formes plus visibles et plus mécaniques de solidarité, n'est sans doute pas étonnant. Il paraît cependant impossible d'avaliser les présupposés « consensualistes » auxquels cette fonction est souvent associée dans le sillage de DURKHEIM eim. Comme l'ont montré diverses études empiriques, il semble en effet que les incriminations pénales et leur hiérarchisation légale soient loin de toujours bénéficier d'un véritable consensus social et qu'elles reflètent souvent les valeurs dominantes de l'une ou l'autre fraction de la société. Si cette idée est exacte, la fonction socio-pédagogique de la peine ne se trouve pas niée pour autant, mais sa signification s'en trouve partiellement modifiée. La peine, en effet, en raffermissant une norme déterminée, est toujours susceptible sans doute de conforter ceux qui y adhèrent dans leurs convictions propres et dans le sentiment qu'ils ont en même temps de s'identifier avec le groupe social tout entier. Dans le même temps, cependant, on ne peut pas nier que la sanction pénale est susceptible d'être perçue par d'autres comme le désaveu confirmé

---

op. cit., p. 297-298 et G. KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, p. 100, qui parle également d'une fonction de « raffermissement des valeurs »; R. GASSIN, « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 18, 1994, pp. 50 et s., p. 67, qui parle, pour sa part, d'une fonction de « sécurisation »; J.-P. BRODEUR, « Sanction pénale et contre-impunité », *Sanctions, Informations sociales*, n° 127, octobre 2005, pp. 122 et s., qui parle de fonction de « contre-impunité ».

1246 A cet égard, *cf.* M. VAN DE KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *J.T.*, 1985, p. 333.

1247 *Cf.*, notamment, Rapport fait le 1er juin 2001, au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 18 : « Les peines sont avant tout un rappel de la norme transgressée, du seuil de tolérance de la société ». Dans le second cas, à propos de la médiation pénale, *cf.* Exposé des motifs précédant le projet de loi du 17 février 1993 organisant une procédure de médiation pénale, *Doc.*, Sénat, 1992-1993, n° 652/1, p. 3 où se trouve affichée la volonté d'éviter d'affaiblir « l'autorité de la loi en tant que régulatrice de la vie en société », ainsi que d'entretenir « le scepticisme à l'égard du droit ».

1248 *Cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste », *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale, Revue de l'Université de Bruxelles*, 1984, nos 1-3, p. 123 et s.; A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit.*, p. 18; M. VAN DE KERCHOVE, « La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation », *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Ch.-A. Morand (dir.), Paris, Publisud, 1991, p. 114.

de leurs convictions divergentes et de renforcer leur sentiment d'appartenance à une catégorie sociale particulière qui, à la limite, peut se percevoir comme entièrement marginalisée.

§ 5. L'avant-projet de Code pénal (2016)

Faisant fi des différences – à tout le moins théoriques – que la doctrine a mis en exergue entre fonctions, fondements, objectifs, effets et finalités des peines[1249], les rédacteurs du projet de Code pénal détaillent les objectifs que le juge doit prendre en considération lorsqu'il prononce une peine. Ils mettent ainsi en exergue différents éléments : le renforcement symbolique des valeurs attribuées à la sanction[1250], la réparation du dommage causé, la réinsertion de l'auteur de l'infraction et la neutralisation. Ils ajoutent à ces finalités, la prise en considération des effets indésirables de la sanction pénale pour les personnes directement concernées mais aussi pour leur entourage[1251] et la société[1252].

Parmi ces éléments, le projet ne mentionne ni la dissuasion ni la rétribution. Si les auteurs du projet rejettent explicitement le caractère rétributif assigné à la peine, la dissuasion se lit néanmoins en filigrane de l'objectif consacré à la protection de la société. Aucune référence n'est non plus faite à la victime, même si elle semble implicitement présente dans la réparation du dommage érigée comme objectif de la peine. Cela étant, l'absence de la victime, devenu centrale pour beaucoup, dans le droit pénal moderne pourrait étonner, d'autant qu'à la lecture des droits étrangers cités par les auteurs du projet, celle-ci occupe une place importante dans les objectifs visés par la sanction pénale. Les rédacteurs belges semblent ainsi aller à contre-courant de la tendance actuelle du droit pénal, qu'il soit national, européen ou international[1253]. Il reste néanmoins que l'option choisie remet à sa juste place la victime : à côté du droit pénal et non pas au centre de celui-ci.

Les objectifs attribués à la peine ne sont pas hiérarchisés. Comme le précisent les auteurs du texte, cela « signifie d'abord que les peines peuvent poursuivre plusieurs objectifs »[1254], que l'un ne vaut pas plus que les autres et que le juge aura l'entière responsabilité d'analyser lequel ou lesquels il mettra en œuvre lorsqu'il prononcera la sanction pénale.

Il reste néanmoins que l'avant-projet reste silencieux sur l'obligation qui pèse sur le juge de motiver la peine en regard des objectifs énoncés, conformément aux articles 163 et 195 du Code d'instruction qui prescrivent au juge d'indiquer, « d'une manière qui peut être succincte mais

---

1249 M. van de KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7, 2005, p. 24.

1250 M. van de KERCHOVE, « La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation », *op. cit*., p. 109.

1251 Sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la fixation de la peine, voy. H. LAUWEREYS, « Straftoemeting aan ouders : de kinderen gestraft ? Naar een kinderrechtenbenadering in de straftoemetingsbeslissing in het gemeen strafrecht", *Tijdschrift voor Jeugdrecht en kinderrechten*, 2019, p. 28 à 41.

1252 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal …, *op. cit*. (art. 28).
G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe,* Paris, PUF, 2008 ; X. PIN. « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, vol. 28, no. 1, 2006, pp. 49-72 ; Y. STRICKLER, *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009. 1253

1254 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal …, *op. cit*., p. 96.

doit être précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer »[1255].

Section 3. La classification des peines

La classification des peines prévue en droit belge[1256] peut se fonder sur différents critères.

Une première classification se fonde sur la *nature des biens et des droits* dont la peine prive le condamné.

Traditionnellement[1257], on peut distinguer :

- les peines privatives de liberté : détention, réclusion, emprisonnement, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines quand elle s'exécute en une privation de liberté ;
- les peines restrictives de liberté : peine de travail, peine de surveillance électronique, peine de probation autonome, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines quand elle prend la forme d'une mise en liberté sous surveillance ;
- les peines pécuniaires ou privatives de patrimoine (amende, confiscation) ;
- les peines privatives de droits (interdictions, déchéances, destitution).

Cette distinction, de facture très classique, fait l'objet de nombreuses critiques en ce qu'elle accorde une place centrale à la peine privative de liberté autour de laquelle s'articulent les autres peines.

Une deuxième classification se fonde sur la *nature de l'infraction sanctionnée* où l'on distingue les peines de droit commun et les peines politiques. Si la détention est toujours une peine politique, la réclusion est toujours une peine de droit commun[1258].

Une troisième classification se base sur *l'auteur de l'infraction* pour opérer la différence entre les peines applicables aux personnes physiques et les peines applicables aux personnes morales.

La quatrième réside dans les *rapports que les peines entretiennent entre elles*[1259] et la cinquième réside dans l'échelle de gravité tripartite des infractions et des peines consacrées par la loi.

Etant donné l'incidence des deux dernières classifications d'un point de vue juridique, nous allons y consacrer de plus longs développements.

1255 Voy. à ce propos, P. MAFFEI, « La motivation des décisions judiciaires en matière répressive et son contrôle par la Cour de Cassation de Belgique », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 895.

1256 En droit français, voy. B. LAVIELLE et X. LAMEYRE, *Le guide des peines*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2005.

1257 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 149. Cf. également G. KELLENS, La mesure de la peine, *op. cit.*, pp. 27 et s. G. KELLENS, Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, p. 197 et s.

1258 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 149. A cet égard, *cf. supra*, Chapitre III. L'infraction, Section 2. La classification des infractions, § 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction, A. Les infractions politiques, 2. La répression du délit politique, b) Un régime pénal, procédural et pénitentiaire distinct.

1259 G. KELLENS, La mesure de la peine, *op. cit.*, p. 29.

§ 1. Classification des peines selon les rapports qu'elles ont entre elles

Sur la base de ce premier critère, on peut distinguer quatre catégories différentes de peines : les peines principales, les peines accessoires, les peines subsidiaires et les peines alternatives. Cette différenciation dans les peines ne vaut que pour les personnes physiques.

A. Peines principales

Les peines principales sont des peines qui ont une existence autonome et qui peuvent être prononcées seules, sans être accompagnées d'aucune autre peine. Constituant la sanction directe de l'infraction, elles sont obligatoires, déterminent seules la nature juridique de l'infraction et ne peuvent se cumuler.

Depuis l'adoption de la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles, les peines principales sont : la réclusion, la détention, l'emprisonnement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail, la peine de probation autonome et l'amende. L'amende a le statut de peine principale lorsqu'elle est consacrée seule par le texte légal ou lorsqu'elle est prononcée à titre principal par le juge en lieu et place de l'emprisonnement. L'amende ne peut toutefois revêtir le statut de peine principale en matière criminelle.

B. Peines accessoires ou complémentaires

Les peines accessoires sont des peines dont l'existence dépend nécessairement de l'existence d'une peine principale à laquelle elles ne font que s'ajouter.

« Prononcées complémentairement à la peine principale »[1260], elles sont parfois qualifiées, comme en France[1261], de peines complémentaires. Telle est notamment la qualification consacrée par l'article 34*bis* du Code pénal, en ce qui concerne la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines : « La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines est une peine complémentaire (…) ».
Ne constituant que des conséquences découlant de la peine principale, leur nature juridique est déterminée par celle de la peine principale et elles ne contribuent pas elles-mêmes à la détermination de la nature de l'infraction à laquelle elles s'appliquent. Selon le cas, elles accompagnent obligatoirement ou facultativement la peine principale. A la différence d'un certain nombre d'incapacités qui découlent de plein droit de la peine, elles constituent de véritables peines et doivent, à ce titre, être formellement prononcées par le juge.

Les peines accessoires, pour les personnes physiques sont :

- l'interdiction de certains droits civils et politiques ;
- l'interdiction professionnelle[1262] ;
- la destitution (privation de titres, grades, fonctions, …) ;
- la fermeture d'un établissement ;

1260 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003., p. 375.

1261 *Cf.* notamment P. PONCELA, *Droit de la peine*, *op. cit*., p. 93.

1262 Voy. Cass., 15 mai 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 97, et note G.-Fr. Raneri, « La peine d'interdiction professionnelle ne frappe pas par surprise », qui souligne que, depuis la loi du 2 juin 1998, l'interdiction professionnelle n'est plus une mesure de sûreté, mais une peine accessoire qui peut assortir la condamnation pénale.

- la déchéance du permis de conduire ;
- la déchéance de la nationalité[1263];
- la limitation de la validité du permis de conduire aux véhicules équipés d'un éthylotest antidémarrage[1264] ;
- la publication, l'affichage ou la diffusion des jugements et arrêts ;
- la confiscation spéciale (*infra*, §2, E);
- l'amende accompagnant une peine privative de liberté, une peine de travail, une peine de probation autonome ou une peine de surveillance électronique ;
- la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (*infra*, §2, A, point 3).

Cette liste n'est pas exhaustive dans la mesure où des lois spéciales ou particulières peuvent prévoir des peines spécifiques sur la base de l'article 100 du Code pénal. C'est notamment le cas en matière en matière d'interdictions professionnelles[1265].

À la différence de l'amende qui peut revêtir le caractère de peine principale ou accessoire, l'emprisonnement, la peine de travail, la peine de probation autonome et la peine de surveillance électronique ne peuvent jamais revêtir le caractère de peine accessoire.

On notera que certains estiment souhaitable que l'on prévoie la possibilité de transformer certaines de ces peines accessoires en peines principales[1266]. La Commission de révision du Code pénal (1970) a ainsi envisagé d'offrir au juge « un éventail de sanctions susceptibles d'éviter le recours systématique à l'emprisonnement »[1267], en proposant notamment que les déchéances, les interdictions et la confiscation spéciale puissent être prononcées à titre de peines autonomes. L'avant-projet de livre I[er] du Code pénal (2016) prévoit également la possibilité de prononcer la confiscation tout comme la fermeture d'établissement à titre principal [1268].

C. Peines subsidiaires

Les peines subsidiaires constituent des peines qui se substituent aux peines prononcées en cas d'inexécution de celles-ci.

Plusieurs catégories de peine subsidiaires sont prévues par le Code pénal.

1. La peine d'emprisonnement subsidiaire à la peine d'amende

1263 Depuis sa modification par la loi du 4 décembre 2012, l'article 23/1 du Code la nationalité belge autorise le juge pénal, à certaines conditions et sur réquisition du ministère public, à prononcer la déchéance de la nationalité belge à l'égard de toute personne condamnée au minimum à cinq ans d'emprisonnement sans sursis pour une des infractions visées à l'article 23/1, § 1[er], 1° et 2° dudit Code.

1264 Art. 37/1 de la Loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière.

1265 Voy., notamment, les interdictions prévues aux articles 382, § 2 et 382*bis* du Code pénal ou encore celle contenue à l'article 4, § 2, de la loi du 24 février 1921 sur les drogues.

1266 A cet égard, *cf.* notamment L. DE WILDE, « La transformation des peines accessoires en peines principales », *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, p. 621 et s.

1267 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, *op. cit*., p. 62 à 64.

1268 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal …*, *op. cit.,* p. 14 et 16 (art. 52 et 57).

L'article 40 du Code pénal prévoit une peine d'emprisonnement subsidiaire susceptible de remplacer l'amende, prononcée à titre principal ou accessoire à défaut de paiement de celle-ci dans le délai de deux mois à dater de l'arrêt ou du jugement, s'il est contradictoire, ou de sa signification, s'il est par défaut. La durée de l'emprisonnement est fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, sans pouvoir excéder six mois pour les condamnés à raison d'un crime, trois mois pour les condamnés à raison d'un délit et trois jours pour les condamnés à raison d'une contravention. Prévue pour les personnes physiques, la peine d'emprisonnement subsidiaire ne connaît pas de pendant pour les personnes morales[1269].

Souvent critiqué comme « injuste, inhumain et discriminatoire », l'emprisonnement subsidiaire avait été supprimé dans *l'Avant-projet de Code pénal* de M. R. LEGROS (1985)[1270] qui proposait notamment de le remplacer par une confiscation subsidiaire[1271]. Le ministre de la Justice, S. DE CLERCK (1996), avait, quant à lui, proposé de le remplacer par un travail d'intérêt général subsidiaire[1272]. Il en va de même dans la proposition d'avant-projet de Livre 1er du Code pénal : « il y a lieu de supprimer l'emprisonnement subsidiaire pour la peine d'amende et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une peine subsidiaire, l'amende peut faire l'objet d'une exécution forcée par la saisie (et la vente) de biens appartenant au condamné (le cas échéant, une EPE (enquête pénale d'exécution) peut être diligentée à cette fin). Ensuite, l'emprisonnement subsidiaire a perdu de sa crédibilité dès lors que, par essence de courte durée, il n'est plus exécuté. Enfin, cette peine subsidiaire est appelée à toucher prioritairement ceux qui ne disposent pas de moyens suffisants »[1273].

2. La peine de déchéance du droit de conduire subsidiaire à la peine d'amende

Par application de l'article 100 du Code pénal, la loi du 7 février 2003 a introduit un article 69*bis* dans la loi coordonnée du 16 mars 1968 relative à la circulation routière qui déroge, pour l'application de ces lois, à l'article 40 du Code pénal, en prévoyant que, à défaut de paiement dans les deux mois, « l'amende pourra être remplacée par une déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur dont la durée sera fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, et qui n'excédera pas un mois et ne pourra être inférieure à huit jours ». La Cour de cassation a précisé que la déchéance du droit de conduire constituait une peine spécifique applicable uniquement aux infractions à la loi du 16 mars 1968 et non aux infractions du Code pénal[1274].

3. Les peines d'emprisonnement et d'amende subsidiaires aux peines de surveillance électronique, de travail et de probation autonome

Tant pour la peine de travail que pour la peine de probation autonome, le Code pénal dispose que le juge doit prévoir, dans les limites des peines prévues pour l'infraction et par la loi en fonction de sa saisine, une peine d'emprisonnement ou une amende qui peut être applicable en

---

1269 Cass., 10 mars 2004, *Rev. dr. pén. crim.,* 2004, p. 944 ; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 387 : « aucune disposition légale ne prévoit de peine subsidiaire à l'amende infligée à une personne morale ». *Cf.* également F. KEFER, « Deux réponses au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales », note sous Cass., 10 mars 2004, *op.cit.*, p. 952.

1270 R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, *op. cit*., p. 153.

1271 *Ibidem*, p. 155.

1272 S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. Réformer la justice*, Tielt, Lannoo, 1997, p. 25.

1273 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal. …, *op. cit*., p. 137.

1274 Cass., 2 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 217 ; Cass., 4 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 217.

cas de non-exécution de la peine de travail[1275] ou de la peine de probation autonome[1276]. Cette peine subsidiaire doit être de même nature (peine correctionnelle ou peine de police) que celle de la peine de travail1277 ou de la peine de probation autonome. À l'emprisonnement[1278], s'ajoute donc dorénavant l'amende[1279], dans l'éventail des peines subsidiaires. La Cour de cassation a cependant décidé que, lorsque le juge condamne à une peine d'amende subsidiaire, il ne peut, en outre, prononcer un emprisonnement subsidiaire à la peine d'amende.

> « Lorsque le juge condamne à une peine de travail assortie d'une amende comme peine de substitution, il ne peut, en outre, prononcer un emprisonnement subsidiaire à cette amende »[1280].

En revanche, la loi du 7 février 2014 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome n'a prévu que l'emprisonnement à titre de peine subsidiaire en cas de non-exécution de la peine de surveillance électronique, jetant ainsi l'opprobre sur l'aptitude de la surveillance électronique à remplacer la peine d'emprisonnement. Concernant la fixation de la durée de la peine d'emprisonnement subsidiaire, l'article 37*ter* du Code pénal précise qu'un jour de peine de surveillance électronique infligée correspond à un jour de peine d'emprisonnement.

D. Peines alternatives

Les peines alternatives sont des peines que le juge est autorisé à prononcer en lieu et place d'une autre peine également prévue par la loi.

Traditionnellement, l'amende possède cette nature lorsqu'un texte légal rend punissable une infraction d'une peine d'emprisonnement *ou* d'une peine d'amende.

Plus fondamentalement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail et la peine de probation autonome possèdent toujours cette nature puisqu'elles ne peuvent être prononcées en même temps que l'emprisonnement ou l'amende à titre principal.

L'avant-projet de Code pénal rédigé par le Commissaire royal M. LEGROS (1985) préconisait déjà l'abandon de la réclusion perpétuelle et la suppression des peines d'emprisonnement inférieures à six mois en ces termes : « Depuis des décennies, on répète, dans les congrès, les colloques et les journées d'études qu'il faut supprimer les courtes peines de prison, qu'elles

---

1275 Art. 37*quinquies*, § 1er du Code pénal.

1276 Art. 37*octies*, § 1er, al. 3 du Code pénal.

1277 Cass., 19 mai 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1085, note A. Jacobs et *R.W.*, 2005-2006, p. 24, note S. Vandromme

1278 Comme l'a fait remarquer A. DOUFFET (« Travail d'intérêt général et formation en matière pénale : bilan et perspectives », *Act. dr.*, 2001, no 4-2002, no 1, p. 913), il est cependant à la fois regrettable et paradoxal que dans « une optique de recherche d'alternative à l'emprisonnement », apparemment adoptée par le législateur, on ait précisément offert au juge « la possibilité de prononcer comme peine subsidiaire (...) une peine (...) d'emprisonnement ».

1279 La Cour de cassation a jugé que la majoration légale des décimes additionnels s'appliquait à cette peine d'amende subsidiaire (Cass., 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1080, et *R.A.B.G.*, 2004, p. 1074, note Y. VAN DEN BERGE).

1280 Cass., 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1080 ; Cass., 19 mai 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1085 ; Cass., 15 septembre 2004. Ces décisions contredisent l'opinion émise par certains, comme P. DE LE COURT, « La peine de travail autonome (PTA) : un chantier », *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 9, note 11.

sont néfastes, qu'elles ont été un échec… et puis, aucun résultat ou si peu… Il faut se décider. Pour lutter contre le fléau de courtes peines de prison, il n'y a qu'un moyen, les supprimer »[1281].

En 1996, le ministre de la Justice, S. DECLERCQ, a proposé que, pour certains comportements punissables, les courtes peines d'emprisonnement soient supprimées et remplacées par des peines non privatives de liberté, afin d'éviter « le risque que les juges prononcent systématiquement des peines juste supérieures »[1282]. Le ministre de la Justice a également réaffirmé la nécessité de « pouvoir disposer d'une gamme suffisamment large de réactions et de peines » afin « d'abandonner l'idée fort répandue selon laquelle la *seule vraie peine* est la peine d'emprisonnement »[1283].

L'élargissement de l'arsenal des peines pourrait ainsi se réaliser, selon lui, de diverses façons : « par la simple déclaration de culpabilité et l'avertissement; par le service d'intérêt général (peine de travail et peine d'apprentissage) qui devient une peine principale autonome; par la mise sur pied de projets de surveillance intensive combinant à la fois la répression et la réinsertion » ; par l'organisation d'un débat relatif à la surveillance électronique et l'éventuelle mise sur pied d'une expérience en la matière; par la possibilité de commuer une partie de la peine d'emprisonnement en une peine alternative »[1284].

1281 R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, *op. cit*, p. 156.

1282 S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. Réformer la justice*, *op. cit.*, p. 22. *Cf.* également Service de la politique criminelle, *Rapport d'activité 1998-1999*, Bruxelles, Ministère de la Justice, p. 31 où est notamment proposée « la suppression des peines privatives de liberté dans les matières de police », ainsi que « dans le domaine de la circulation routière » et est proposé le recours exclusif à l'amende dans le premier cas, à l'amende et à la déchéance du droit de conduire dans le deuxième cas.

1283 S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. ...*, *op. cit.*, p. 20. Plus explicite encore, son successeur, M. VERWILGHEN, a pu affirmer que « l'imposition d'une peine d'emprisonnement doit être considérée comme remède ultime. Les peines que nous appelons aujourd'hui 'peines alternatives' doivent constituer des modes de réaction à part entière face au comportement délinquant. La peine d'emprisonnement doit devenir la sanction alternative à laquelle on ne doit recourir que lorsque les garanties offertes par les autres modes de réaction sont insuffisantes » (*Note de politique générale du Ministre de la Justice pour l'exercice budgétaire 2000*, 2.2.3). On citera également la Ministre de la Justice, L. ONKELINCK : « La peine d'emprisonnement... doit rester limitée aux cas absolument nécessaires ; elle doit être l'*ultime remède*. L'accent sera dès lors porté sur la promotion des alternatives à la peine privative de liberté, et plus particulièrement la médiation, la probation et la peine de travail » (*Note de politique générale de la Ministre de la Justice*, 12 novembre 2003, *Doc.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-0325/016, p. 36-37. *Cf.* également Exposé des motifs précédant le Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus du 20 avril 2005, *Doc.*, Sénat, n° 3-1128/1, p. 11 : « La peine privative de liberté doit rester le 'remède ultime' »). Enfin, l'accord du gouvernement du 1er décembre 2011 stipule que « les peines seront davantage diversifiées. De nouvelles peines autonomes seront instaurées telles que la surveillance électronique, les sanctions patrimoniales, la probation ... » (p. 140).

1284 S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. Réformer la justice*, *op. cit.*, pp. 36-37. Concernant certaines de ces peines « alternatives », voy. R. SCREVENS, « Le travail d'intérêt général, sanction pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 5 et s. ; M. SCHOTMANS, « Alternatieve straffen als *deus ex machina* », *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 285 et s. ; Ch. PENSIS, « Une autre peine : le service communautaire », *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 311 et s. ; C. VANNESTE, « Le travail d'intérêt général : pour le meilleur ou pour le pire ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, pp. 840 et s.; B. DE RUYVER, « De alternatieve straffen: een modetrend of een volwaardig instrument », *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 91 et s.; E. STASSART, « Expérience de surveillance électronique en Belgique », *Vigiles*, 1998, n° 4, pp. 15 et s.; P. LANDREVILLE, « La surveillance électronique des délinquants: un marché en expansion », *Déviance et société*, vol. 23, n° 1, 1999, p. 105 et s.; D. KAMINSKI, « L'assignation à domicile sous surveillance électronique: de deux expériences, l'autre », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 626 et s. ; *Voor straf naar huis. Elektronisch toezicht, De orde van de dag*, 2000, n° 1a, p. 3 et s. ; *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe, op. cit.*; *Mesures de lutte contre la surpopulation carcérale*, Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des Représentants, décembre 2012.

La Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine (dite « Commission Holsters ») a proposé dans son rapport, remis au ministre de la Justice le 9 mai 2003, d'introduire « la déclaration de culpabilité comme peine à part entière »[1285], et de faire de la probation une véritable peine autonome[1286].

L'accord du gouvernement du 1er décembre 2011 stipulait, quant à lui, que « les peines seront davantage diversifiées. De nouvelles peines autonomes seront instaurées telles que la surveillance électronique, les sanctions patrimoniales, la probation ... »[1287].

La peine de travail a été introduite à l'article 7 du Code pénal par la loi du 17 avril 2002 et a été conçue comme une peine « alternative » afin d'« éviter de la sorte l'emprisonnement dont les effets négatifs ne sont plus à démontrer »[1288]. La loi du 7 février 2014 est venue compléter l'article 7 avec la peine de surveillance électronique et la loi du 10 avril 2014, avec la peine de probation autonome (voy. *infra*). Ces deux dernières lois concrétisent « l'intention du gouvernement de poursuivre la diversification de la palette des peines » et visent à « contribuer à la réinsertion sociale et donc également à la lutte contre la récidive »[1289].

Les peines de probation autonome et de surveillance électronique viennent ainsi, aux côtés de la peine de travail compléter l'arsenal des peines restrictives de liberté pouvant être prononcées à titre principal par le juge[1290]. Afin de renforcer le caractère alternatif de ces peines, l'article 7 du Code pénal prévoit que les peines d'emprisonnement, de surveillance électronique, de travail et de probation autonome ne peuvent se cumuler.

Les travaux parlementaires expliquent pourquoi, dans l'agencement du nouvel article 7 du Code pénal, ils ont placé la peine de surveillance électronique après la peine d'emprisonnement, mais avant la peine de travail: « Dès lors qu'il est établi qu'une surveillance électronique entraîne une limitation de liberté plus importante qu'une peine de travail mais moins importante qu'une peine de prison, la peine de surveillance électronique mérite incontestablement d'occuper la deuxième place dans l'arsenal répressif »[1291]. À suivre ce raisonnement, au vu de la nouvelle configuration

---

1285 Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, Bruxelles, s.d. (2003), 2e partie, p. 28.

1286 COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DETENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *Rapport final*, Bruxelles, s.d. (2003), 2e partie, p. 35. *Cf.* également *Note de politique générale de la ministre de la Justice*, 12 novembre 2003, *op. cit.*, p. 38: « Dans la mesure où la probation apparaît comme une alternative adéquate pour un groupe particulier, elle sera inscrite dans le Code pénal comme peine autonome ».

1287 Accord du gouvernement du 1er décembre 2011, p. 140.

1288 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 3 et 6. Concernant le caractère illusoire d'un tel objectif, *cf.* cependant S. SNACKEN, « Surpopulation des prisons et sanctions alternatives », *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Ph. Mary (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 381; P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines? La peine de travail ou les métastases de la pénalité alternative », *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 344.

1289 Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, le Code judiciaire et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *Doc.*, Ch., 2013-2014, n° 53-3274/001, p. 3.

1290 Le chapitre II du livre premier du Code pénal comprend ainsi une « Section 5*bis*. De la peine de surveillance électronique » (comprenant les articles 37*ter* à *quater*), une « Section 5*ter*. De la peine de travail » (comprenant les articles 37*quinquies* à *septies*) et une « Section 5*quater*. De la peine de probation autonome » (comprenant les articles 37*octies* à *undecies*).

1291 Proposition de loi instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 53-1042/002, p. 7.

de l'article 7 du Code pénal, il faut désormais considérer l'emprisonnement comme plus sévère que la peine de surveillance électronique, elle-même plus sévère que la peine de travail, la peine de probation autonome, inscrite en bas de l'échelle, étant dès lors la peine la plus légère des peines privatives ou restrictives de liberté. Cette gradation dans l'échelle des peines peut avoir une incidence quant à l'application de la loi pénale dans le temps.

Si la peine alternative est souvent présentée comme étant susceptible d'éviter le recours à l'emprisonnement, conçu comme « remède ultime », elle est aussi susceptible de constituer une alternative soit à un classement sans suite, soit à une mesure non pénale, soit à une simple amende[1292], contribuant ainsi à l'extension du filet pénal[1293]. Les chercheurs analysant les statistiques SPACE au niveau du Conseil de l'Europe ont mis en évidence que les peines dans la communauté, au lieu d'avoir joué leur rôle d'alternatives à la prison, ont contribué à l'extension du filet pénal[1294].

On peut également souligner l'inadéquation des discours politiques visant à éviter l'emprisonnement et l'adoption de mesures visant à diversifier les peines avec la construction de nouvelles prisons et la volonté de privilégier « une exécution des peines plus énergique »[1295]. Par ailleurs, si la proposition de loi visant à instaurer la surveillance électronique comme peine autonome met en avant la nécessité de développer davantage les alternatives à la peine privative de liberté, elle ne cache pas qu'elle « vise en tout premier lieu à mettre un terme à la pratique consistant à ne pas exécuter les peines de détention entre 6 mois et 3 ans »[1296].

Toujours dans l'optique de limiter le recours à la peine d'emprisonnement, l'avant-projet de Code pénal (2016) prévoit que « le juge doit prendre en compte ces objectifs mais aussi les effets secondaires indésirables de la peine pour les personnes directement concernées, leur entourage et la société. La peine d'emprisonnement constitue l'ultime recours et elle ne peut être prononcée que lorsque les objectifs de la peine ne peuvent pas être atteints par une des autres peines ou mesures prévues par la loi »[1297].

1292 A cet égard, *cf*. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Punir hors les murs en Belgique. La place des sanctions pénales non privatives de liberté dans le système pénal », *La fabrique du droit au Conseil de l'Europe : promotion et mise en œuvre des sanctions pénales alternatives*, P. Poncela et R. Roth (dir.), Paris-Genève, Université de Paris X et Université de Genève, 2004, p. 138 et s.

1293 *Cf.* notamment COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DETENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *op. cit.*, 1ère partie, p. 53 qui affirme clairement que « l'application de la surveillance électronique doit se limiter à l'exécution de la peine privative de liberté » et qu'elle ne peut « constituer une peine autonome », afin d'éviter le « phénomène de '*net widening*' ». *Cf* également CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome, lequel dénonce la mise en place d'un « système complexe, confus, incohérent, et surtout plus coûteux » et estime qu'une amélioration de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation aurait été préférable à l'introduction d'une nouvelle peine: « une modernisation et une optimisation de la loi sur la probation existante peuvent rencontrer bien plus avantageusement et bien plus efficacement les doléances énumérées dans l'exposé des motifs » (*Avis d'office sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'Instruction criminelle ainsi que la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, approuvé par l'Assemblée générale le 6 décembre 2013, pp. 4-5).

1294 M. F. AEBI, N. DELGRANDE et Y. MARGUET, « Have community sanctions and measures widened the net of the European criminal justice systems?", *Punishement and Society*, 2015/17(5), pp. 575-597.

1295 Circulaire ministérielle n° 1816 du 10 janvier 2014.

1296 Proposition de loi du 17 janvier 2011 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Doc.*, Ch., n° 53-1042/001, p. 4.

1297 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal…*, *op. cit.,* p. 5 (art. 26).

§ 2. Les différents types de peine

A. Les peines privatives de liberté, la période de sûreté et la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines

1. Les peines privatives de liberté

Les peines privatives de liberté sont la réclusion, la détention et l'emprisonnement.

1) La réclusion

La loi du 10 juillet 1996 a supprimé la notion, jugée « désuète et ambiguë de 'travaux forcés' » et l'a remplacée par « la notion plus neutre de 'réclusion' qui devient ainsi l'appellation générique de toute peine privative de liberté prononcée en matière criminelle pour une infraction de droit commun »[1298]. Elle ne peut être prononcée que par la cour d'assises. En effet, si le crime vient à être correctionnalisé sous l'effet de circonstances atténuantes ou de causes d'excuse, il se dénature en délit et ne peut se voir appliquer que des peines correctionnelles[1299].

Aux termes de l'article 8 du Code pénal, la réclusion est à perpétuité ou à temps.

La réclusion à perpétuité remplace dorénavant la peine de mort au sommet de l'échelle des peines criminelles de droit commun[1300].

La réclusion à temps, selon l'article 9 du Code pénal, peut être prononcée, selon son degré de gravité, pour cinq termes différents : de cinq à dix ans ; de dix à quinze ans ; de quinze à vingt ans ; de vingt à trente ans et de trente à quarante ans, nouveau terme introduit par loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (dite pot-pourri II)[1301]. Cette peine fantôme, qui ne sanctionne aucune infraction dans le Code pénal, ne peut, par ailleurs, plus être prononcée par la cour d'assises depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017. En effet, étant donné l'annulation partielle de l'article 25 du Code pénal par la Cour constitutionnelle et tenant compte de sa jurisprudence antérieure, le prévenu poursuivi devant le tribunal correctionnel, en état de récidive, pour un crime correctionnalisé passible *in abstracto* de la réclusion à perpétuité, est dorénavant passible d'une peine maximale de trente ans d'emprisonnement, soit la peine

---

1298 *Cf.* Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1995-1996, n° 453/1, p. 4.

1299 Si le crime vient à être correctionnalisé sous l'effet de circonstances atténuantes ou de causes d'excuse, il se dénature en délit et ne peut se voir appliquer que des peines correctionnelles. Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 4. Les circonstances atténuantes.

1300 Aux termes de l'article 12 du Code pénal, la réclusion ou la détention à perpétuité ne peut être prononcée à l'égard d'un mineur. Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 3. Les excuses. Dans son arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* du 9 juillet 2013 (GC), la Cour européenne des droits de l'homme a consacré l'exigence d'un réexamen, en cours de détention, de la réclusion perpétuelle (dans le même sens : Cour eur. D.H., 18 mars 2014, arrêt *Öcalan (n° 2) c. Turquie* ; Cour eur. D.H., 20 mai 2014, arrêt *László Magyar c. Hongrie*). Voy. N. HERVIEU, « Les peines perpétuelles au prisme européen de la dignité et de la réinsertion sociale des détenus », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne : www.revdh.org], 18 juillet 2013 ; P. PONCELA, « Longues, trop longues peines. Sur la réclusion criminelle à perpétuité et la suspension de peine médicale », *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 625 et s.

1301 La réclusion à perpétuité est dès lors supérieure à trente ans.

maximale qu'il aurait encourue s'il avait été jugé par la cour d'assises après admission de circonstances atténuantes[1302].

2) La détention

À la différence de la peine précédente, la détention est une peine spécifiquement politique. Pour le surplus, elle a également la nature d'une peine privative de liberté, dont les différents degrés de gravité sont parallèles à ceux qui ont été évoqués en matière de réclusion. Selon l'article 10, la détention est également à perpétuité ou à temps et selon les mêmes termes que la réclusion.

3) L'emprisonnement

Aux termes de l'article 25 du Code pénal, l'emprisonnement est une peine privative de liberté qui, à titre de peine principale, est de nature correctionnelle, lorsque sa durée est de huit jours au moins et de cinq ans au plus.

2. La période de sûreté

La loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sûreté (et modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive en ce qui concerne l'arrestation immédiate) autorise désormais les cours et tribunaux (tribunal correctionnel, cour d'appel et cour d'assises) à assortir la condamnation à une peine privative de liberté pour des infractions d'une certaine gravité, d'une période de sûreté « avant l'échéance de laquelle aucune libération anticipée ne peut intervenir »[1303].

La mesure a été annoncée dans l'accord de gouvernement du 11 octobre 2014[1304] et a été justifiée par le ministre de la Justice en raison du « climat actuel » et de « l'opinion publique » qui « veulent moins de clémence vis-à-vis des personnes condamnées »[1305]. Elle a soulevé maintes critiques, notamment en raison de son impact potentiel sur la surpopulation carcérale et de son empiétement sur les compétences du tribunal de l'application des peines, davantage outillé pour prendre en considération les possibilités d'amendement et de réinsertion du condamné[1306].

La loi a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, introduit par la Ligue des droits de l'Homme et le Syndicat des avocats pour la démocratie pour violation des articles 13 et 14 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 157, alinéa 4 de la Constitution, et des articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour constitutionnelle a, dans un

---

1302 Dans le même sens, voy. Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018, p. 338 à 343 qui soulignent l'existence d'un projet gouvernemental proposant d'instaurer un régime de récidive de crime sur délit. Voy. *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 4. La récidive, § 3. Les cas de récidive, A. Dans le Code pénal.

1303 Accord de gouvernement du 11 octobre 2014, p. 118 et Projet de loi modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive concernant l'arrestation immédiate et introduisant une période de sûreté (ci-après Projet de loi), *Doc. Parl*. Ch. Repr., n° 54-2731/1, p. 5.

1304 Accord de gouvernement du 11 octobre 2014, pp. 117-118.

1305 Projet de loi, *Doc*., Ch., n° 54-2731/3, p. 12.

1306 Avis d'avocats.be sur le projet de loi modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive concernant l'arrestation immédiate et introduisant une période de sûreté, n° 2731/1 ; J.-F. FUNCK, « Libération conditionnelle : les nouvelles périodes de sûreté », *Actualités*, CRID&P, Louvain-La-Neuve, 6 février 2018 ; Fr. KUTY, *op. cit*., p. 573 à 602.

arrêt du 19 novembre 2020[1307], rejeté le recours. Après avoir rappelé que la politique répressive relève du pouvoir d'appréciation du législateur qui peut se montrer sévère dans les matières où les infractions peuvent porter gravement atteinte aux droits fondamentaux des individus et aux intérêts de la collectivité, la haute juridiction a défini la période de sûreté comme un élément aggravant la peine, faisant partie intégrante de celle-ci[1308]. La Cour la distingue des mesures qui peuvent être prises par le tribunal d'application des peines en ce qu'elle remplit une fonction d'individualisation de la peine, décidée par le juge pénal compte tenu de la gravité des faits et de l'attitude et de la personnalité de leur auteur et qu'elle n'a pas pour objet de participer à la réinsertion du condamné.

Malheureusement, dans cet arrêt de rejet, la Cour constitutionnelle ne s'est pas penchée sur les choix du législateur quant aux infractions permettant de prononcer cette mesure. Elle a estimé que « sans qu'il soit nécessaire (…) de comparer les infractions citées par les dispositions attaquées avec toutes les autres infractions visées par le Code pénal et les lois particulières, il peut être admis que les infractions qui peuvent donner lieu au prononcé par le juge pénal d'une période de sûreté figurent parmi les plus graves. À cet égard, il y a lieu de relever que si la sévérité de la peine fixée par la loi est assurément un indicateur prééminent de la gravité de l'infraction concernée, le législateur a pu prendre en considération d'autres éléments pour établir la liste des infractions susceptibles de donner lieu par le juge pénal d'une période de sûreté »[1309].

La période de sûreté peut être envisagée dans deux hypothèses qui vont en déterminer la durée.

Premièrement, en cas d'une condamnation à une peine privative de liberté dont la partie à exécuter s'élève à plus de trois ans et à moins de trente ans, pour une des infractions suivantes : infractions contre la sûreté de l'État (art. 101 à 136 C.P.), infractions terroristes (art. 137 à 141*ter* C.P.), violations graves du droit international humanitaire (art. 136*bis* à 136octies C.P.), viol et attentat à la pudeur ayant entraîné la mort (art. 376, al. 1er C.P.), assassinat de fonctionnaires de police en raison de leur qualité (art. 394 C.P.), torture ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 477*ter*, al. 3, 2° C.P.) et enlèvement et détention de mineurs ou de personnes vulnérables ayant entraîné la mort (art. 428, § 5 C.P.). Dans ce cas, les cours et tribunaux peuvent décider que la personne condamnée ne peut saisir le tribunal de l'application des peines pour solliciter une libération conditionnelle, une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou en vue de la remise, avant d'avoir subi deux tiers de sa peine (art. 195, al. 4 et 344, al. 4 C.i.cr). Il s'agit d'une durée maximale, laissée à l'appréciation du juge du fond qui « peut aussi, de manière facultative, fixer une fraction plus petite, par exemple un demi ou trois cinquièmes. Il n'est pas possible de fixer une fraction plus petite qu'un tiers puisqu'il s'agit de la condition minimale de temps prévue dans la loi sur l'exécution des peines »[1310].

Deuxièmement, en cas de condamnation à un emprisonnement correctionnel de trente ans ou plus, quelle que soit l'infraction commise, les cours et tribunaux peuvent décider que les modalités d'exécution de la peine privative de liberté précitées ne peuvent être accordées qu'après que la personne condamnée ait subi au minimum quinze ans et au maximum vingt-cinq ans de cette peine (art. 195, al. 5 et 344, al. 5 C.i.cr).

1307 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020.

1308 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.16.2.

1309 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.16.2.

1310 Projet de loi, *Doc*., Ch., n° 54-2731/1, p. 6.

La « mesure », qui n'est jamais obligatoire[1311], est laissée à l'appréciation du juge qui doit la motiver[1312] « en fonction des spécificités du dossier et de la personnalité de la personne condamnée »[1313].

Le prononcé d'une période de sûreté induit dès lors un report de la date d'admissibilité, actuellement en vigueur, pour bénéficier de la libération conditionnelle[1314]. En effet, aux termes de l'article 25 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, tout condamné à une peine d'emprisonnement (ou de réclusion) de trois à trente ans, peut demander au tribunal d'application des peines d'être libérée conditionnellement après avoir purgé un tiers de sa peine (deux tiers en cas de récidive), sans pouvoir excéder quatorze ans. Dans le cas de peines d'emprisonnement ou de réclusion de trente ans ou à perpétuité, le condamné doit avoir subi au minimum quinze ans de sa peine s'il est « primaire » et dix-neuf voire vingt-trois s'il est « secondaire » », soit s'il a été condamné en état de récidive[1315].

La période de sûreté s'apparente ainsi à une peine incompressible dans la mesure où le condamné ne peut envisager aucune libération anticipée avant le terme fixé par le juge du fond[1316].

La période de sûreté pose la question de son application aux faits commis avant, mais jugés après son entrée en vigueur le 21 janvier 2018[1317]. Dès lors que la période de sûreté est ordonnée par une juridiction de fond et qu'elle a une incidence sur la durée de la peine à exécuter par le condamné, elle relève assurément de la matière pénale[1318]. Une analogie peut ainsi être opérée avec la rétention de sûreté en France qui a été considérée comme un « complément de peine revêtant le caractère d'une sanction punitive »[1319].

1311 Projet de loi, *Doc*., Ch., n° 54-2731/3, p. 4.

1312 Raison pour laquelle, la modification a été insérée aux articles 195 et 344 du Code d'instruction criminelle, relatifs à la motivation des jugements en matière correctionnelle et criminelle. Voy., aussi, les modifications apportées à la du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (art. 25, 26 et 54).

1313 Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 7.

1314 Le projet de loi évoque la possibilité pour le juge du fond de fixer « une période de sûretéé, c'est-à-dire une date d'admissibilitéé pour la procédure de libération conditionnelle postérieure à celle prévue par la loi du 17 mai 2006 », Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 5.

1315 Le prononcé d'une période de sûreté n'a en revanche aucune incidence sur les autres modalités d'exécution de la peine dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans, soit la détention limitée ou la surveillance électronique, ni évidemment sur les modalités qui ne dépendent pas du seuil de trois ans (congé pénitentiaire, permission de sortie, interruption de l'exécution de la peine, libération d'un étranger sans titre de séjour en vue de son éloignement ou de son transfert vers un centre fermé pour illégaux et libération provisoire pour raisons médicales).

1316 Fr. KUTY, *op. cit*., p. 583.

1317Voy. aussi, Chapitre, I, Section 5. Le champ d'aplication du droit pénal, §1. L'application de la loi pénale dans le temps.

1318 Selon Kuty, il s'agit « d'une mesure affectant l'exécution de la peine qui en constitue un élément qui en fait partie intégrante et forme avec celle-ci un tout indivisible qui les rend solidaires en raison du lien existant entre la durée de la peine qu'elle assortit et la mesure dans laquelle elle en affecte l'exécution », Fr. KUTY, *op. cit*., p. 582.

1319 Décision n° 2008-562 du Conseil constitutionnel français du 21 février 2008 à propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, p. 5.

Dans son avis sur l'avant-projet de loi, le Conseil d'État a estimé que la période de sûreté doit être considérée comme « un élément de la gravité de la peine », au sens de l'article 14 de la Constitution et non comme une modalité de son exécution, au sens de l'article 157, alinéa 4, du même texte : « une durée minimale fixée par la loi, en fonction de la gravité de l'infraction, doit être considérée comme un élément de la gravité de la peine. Bien que pareille durée minimale soit déterminante pour le moment à partir duquel le tribunal de l'application des peines peut prendre sa décision concernant la libération conditionnelle, elle ne concerne elle-même aucune décision relative à l'exécution de la peine ». Le législateur ne se limite ainsi pas « à fixer, *in abstracto*, une durée minimale pour certaines infractions, mais permet au juge d'apprécier, *in concreto*, dans l'hypothèse où une infraction visée au projet est commise, s'il est nécessaire de fixer une 'période de sûreté' »[1320]. Au cours des travaux parlementaires, des députés ont également souligné que « la période de sûreté fait partie de la fixation de la peine. C'est le juge pénal qui inflige la peine et qui détermine à cette occasion qu'une partie donnée de celle-ci doit être subie » de sorte que « la période de sureté s'applique (…) seulement aux nouvelles infractions commises après l'entrée en vigueur de la loi en projet »[1321].

Dans son arrêt du 19 novembre 2020, la Cour constitutionnelle a rappelé opportunément que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale est applicable aux dispositions de cette nature qui aggravent la situation du condamné en alourdissant la peine infligée[1322].

Dans l'affaire Salah Abdeslam et Sofien Ayari, où les deux prévenus ont été condamnés à vingt ans pour tentative d'assassinat à caractère terroriste sur plusieurs policiers et détention illégale d'armes, le ministère public a sollicité le prononcé d'une période de sûreté. Dans son jugement du 23 avril 2018, le tribunal correctionnel n'a pas fait droit à cette demande estimant que la période de sûreté constitue un élément de gravité de la peine, les articles 2 du Code pénal et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme s'opposant à ce qu'elle puisse rétroagir à la date des faits, commis le 15 mars 2016[1323]. En revanche, la cour d'appel de Liège a considéré que la période de sûreté ne fait pas partie intégrante de la peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme de sorte qu'elle est d'application immédiate[1324]. Cet exemple illustre la volatilité des notions mobilisées par le juge, tout comme la nécessité d'une intervention législative afin de considérer que toute la « matière pénale » ne puisse faire l'objet d'une application rétroactive dès lors qu'elle a une incidence sur le sort du prévenu.

La Cour constitutionnelle a, quant à elle, considéré que le principe de non-rétroactivité doit s'appliquer à la période de sûreté, même s'il ne s'agit pas d'une peine :

> « La période de sûreté n'est pas une nouvelle peine. Néanmoins, (…), la période de sûreté, fixée par le juge qui prononce la peine, fait partie intégrante de celle- ci. Même si elle a une incidence directe sur l'exécution de la peine, elle ne constitue pas une mesure relevant de son application. Il ressort de la jurisprudence citée en B.21 que le

---

1320 Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 31.

1321 Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/3, pp. 15-16. Tout autre chose est de savoir si la loi empiète sur les compétences du tribunal de l'application des peines appelé à statuer, aux termes de l'article 157 de la Constitution, sur les modalités d'exécution de la peine. Sur ce point, voy. F. KUTY, *op. cit*., p. 579 et 580 et J.-F. FUNCK, *op. cit*.

1322 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.23.1.

1323 Corr. Bxl, 23 avril 2018, *Rev. dr. pén.,* 2019, n° 2, p. 187 à 207 et note D. de BECO, A. de BROUWER et Ch. GUILLAIN. Dans le même sens, Corr. Liège, div. Liège, 16 février 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 640.

1324 Liège (18ème ch.), 26 février 2019, *J.L.M.B*., 2019, pp. 637 à 640.

principe de la non-rétroactivité de la loi pénale est applicable aux dispositions de cette nature qui aggravent la situation du condamné en alourdissant la peine infligée »[1325].

3. La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines

La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines est une peine accessoire.

Historiquement, elle est ancrée dans la défense sociale : son ancêtre, la « mise à la disposition du gouvernement » était régie par la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels (telle que modifiée par les lois du 1er juillet 1964 et du 5 mars 1998). La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes[1326] a abrogé cette loi de 1930, à l'exception de son chapitre VII concernant la mise à la disposition du gouvernement. Le chapitre VII de la loi du 9 avril 1930 a été lui remplacé par la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines[1327], entrée en vigueur le 1er janvier 2012[1328].

Le fait que la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines fasse dorénavant l'objet d'une loi distincte de l'internement entend mettre fin à une « confusion des genres » créée par la loi de défense sociale, dans la mesure où, bien que « dans les deux cas, les intéressés sont considérés comme des personnes représentant un danger pour la sécurité de la société », « le statut des délinquants souffrant de troubles mentaux ne peut (...) pas être confondu avec celui des récidivistes et des délinquants d'habitude qui, eux, ne souffrent pas de troubles mentaux »[1329]. En revanche, la loi nouvelle poursuit le mouvement initié par la loi du 5 mars 1998 en soumettant à cette mesure non seulement les récidivistes – la notion de délinquant d'habitude ayant disparu –, mais encore « les personnes qui ont commis des infractions particulièrement odieuses » qui doivent « être maintenues en prison pour des raisons de sécurité publique évidentes en vue de les empêcher de commettre de nouvelles infractions »[1330].

La loi du 26 avril 2007 a modifié d'une part, le Code pénal en y insérant les articles art. 34*bis* à 34*quinquies* du Code pénal, pour ce qui concerne le prononcé de cette peine accessoire et d'autre part, la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, en ce qui concerne son exécution, en y insérant les articles 95/2 à 95/30 (voyez *infra*, section 6, §5).

Précédant la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, la mise à la disposition du gouvernement était qualifiée de « mesure de nature mixte »[1331], révélant la difficulté à cerner la mise à disposition oscillant entre peine et mesure de sûreté. La Cour de cassation a cependant

---

1325 C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.23.1.

1326 Cette loi est entrée en vigueur le 1er octobre 2016 aux termes de l'article 250 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B.*, 13 mai 2016. Voy., *supra*, Chapitre III. L'infraction, Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction, § 3. L'élément moral, A. L'imputabilité morale, 2. Causes de non-imputabilité, 1) L'altération des facultés mentales.

1327 Voy., notamment, Cass., 2 mai 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1297.

1328 Art. 7 de la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (II).

1329 Exposé des motifs, *Doc.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 4.

1330 Exposé des motifs, *Doc.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 4.

1331 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 239, n° 1364 et les références citées.

décidé que la mise à la disposition du gouvernement constituait une peine[1332]. La loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines confirme cette position en qualifiant cette mesure de peine complémentaire s'ajoutant à la peine principale et visant à protéger la société à l'égard de personnes ayant commis certains faits graves (art. 34*bis* du Code pénal).

Constituant une peine, la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines doit être prononcée par les juridictions de jugement et est tantôt obligatoire (art. 34*ter* C.P.) tantôt facultative (art. 34*quater* C.P.). Pour rappel, elle constitue un des effets de la récidive (*supra*, Chapitre III, Section 4, §4, B). L'exposé des motifs précise que cette distinction « repose sur l'idée qu'il y a des situations certes limitées en nombre mais tellement graves, soit de par la répétition des faits, soit de par la gravité particulière des faits commis, que la société doit se prémunir de manière légitime contre les auteurs de ces faits », tandis qu'il existe « d'autres situations intolérables mais celles-ci ne présentent pas le même caractère odieux » et pour lesquelles « les juridictions de jugement disposent de la possibilité de prononcer une mise à la disposition mais il ne s'agira pas d'une obligation »[1333].

La peine peut ou doit être prononcée pour une période de cinq ans au minimum et de quinze ans au maximum. L'exposé des motifs souligne que par rapport à la mise à la disposition du gouvernement, « le délai maximum est donc réduit, mais le champ d'application de la mise à disposition est étendu » (le délai pouvait varier entre un an et vingt ans sous le régime antérieur)[1334]. Notons que des propositions de loi ont été discutées afin d'étendre le nombre de cas où cette mise à la disposition serait possible (notamment pour viser les infractions terroristes), certaines propositions veulent la rendre obligatoire dans un plus grand nombre de cas (notamment en cas de récidive de crime sur crime) et, d'autres encore, veulent en allonger la durée (jusqu'à 20, voire 30 ans)[1335].

Notons que l'avant-projet de Livre I[er] du Code pénal (2016) abandonne la peine de mise à la disposition du TAP dans la mesure où elle semble difficilement conciliable avec les principes énoncés par la réforme : « D'une part, le champ d'application actuel *ratione materiae/ratione personae* est considéré par la doctrine comme arbitraire, ce qui ne cadre pas avec le principe selon lequel une législation pénale optimale doit être précise. D'autre part, la durée de la mise à disposition revient à une augmentation artificielle mais réelle de la peine, ce qui est inconciliable avec le principe selon lequel les règles de droit doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi »[1336]. En outre, il semble qu'en pratique, la peine de la mise à la disposition du TAP est peu mobilisée. En réponse à une question parlementaire, le ministre de la Justice,

---

1332 Cass., 4 avril 1978, *Pas.*, I, p. 858.

1333 Exposé des motifs, *Doc*., Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 5 et 6.

1334 Exposé des motifs, *Doc. parl*., Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 11.

1335 Proposition de loi du 6 août 2019 modifiant les articles 34*ter* et 34*quater* du Code pénal ainsi que l'article 95/7 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des condamnés (…) en ce qui concerne la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. Parl.*, Ch., 2019, 55-0212/001 ; Proposition de loi du 19 novembre 2019 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0768/001 ; Proposition de loi du 21 novembre 2019 modifiant le Code pénal en vue d'élargir à toutes les infractions terroristes la liste des infractions entrant en ligne de compte pour la mise à la disposition facultative du tribunal de l'application des peines, *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0777/001 ; Proposition de loi du 28 janvier 2020 modifiant le Code pénal en vue d'étendre la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines à l'ensemble des infractions terroristes, *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0969/001.

1336 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1[ier] du Code pénal*, *op. cit*., pp. 34-35.

sous la 54ème législature, a indiqué que : « selon les statistiques des condamnations enregistrées au Casier judiciaire central, 130 condamnations et mises à disposition du TAP ont été prononcées entre 2012 et 2017. (…) Majoritairement, les infractions sanctionnées sont le viol, l'attentat à la pudeur, l'outrage public aux mœurs et la corruption de la jeunesse ou la prostitution. Dans 70 % des cas, la durée de la peine privative de liberté prononcée était supérieure à trois ans et allait jusqu'à dix ans d'emprisonnement »[1337].

B. La peine de surveillance électronique

La loi du 7 février 2014 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome[1338] concrétise l'accord du gouvernement du 1er décembre 2011 visant à diversifier les peines à disposition du juge. Elle est entrée en vigueur le 1er mai 2016 par la loi du 5 février 2016 (dite pot-pourri II).

La loi introduit une section V*ter* dans le Code pénal, intitulée « De la peine de surveillance électronique » (art. 37*ter* à *quater*, C.P.)[1339] permettant au juge, d'office, à la requête du ministère public ou à la demande du prévenu, de prononcer à titre principal en matière correctionnelle, une peine de surveillance électronique « lorsqu'un fait est tel qu'il doit être puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au maximum » (art. 37*ter*, § 1er). Si la formulation est malheureuse, elle laisse entendre que c'est la peine *in concreto* qui doit être prise en considération, permettant ainsi d'appliquer, après l'admission de circonstances atténuantes, la peine de surveillance électronique à des faits punis *in abstracto* de peines de réclusion allant jusqu'à vingt ans (art. 80, al. 3 du Code pénal). La durée de la peine de surveillance électronique est égale à la durée de la peine d'emprisonnement que le juge aurait prononcée. Elle ne peut toutefois être inférieure à un mois, y compris en cas d'admission de circonstances atténuantes[1340] ni supérieure à un an (art. 37*ter*, §§ 1er et 2), même par application des règles relatives au concours d'infractions[1341] ou à la récidive[1342].

1337 Question de Zakia KHATTABI à Koen GEENS sur « La mise à disposition du tribunal d'application des peines » (55003393C), *Doc. Parl*., Ch., Compte rendu intégral, 19 février 2020, CRIV 55 COM 119, p. 7.

1338 *M.B.*, 28 février 2014. Voy. O. NEDERLANDT, « La surveillance électronique comme peine autonome et comme modalité d'exécution des peines ? Présentation et commentaire de la loi du 7 février 2014 », *J.T.*, 2014, n° 6568, p. 441 et s.; M. GIACOMETTI et Ch. GUILLAIN, « Les peines de surveillance électronique et de probation autonome, nouvelles peines alternatives à l'emprisonnement? », *Actualités de droit pénal*, M.-A. Beernaert (dir.), Limal, Antemis,, 2015, p. 87 à 152; Ch. GUILLAIN et F. VANSILIETTE, « Les peines alternatives à l'emprisonnement après 'pot-pourri II': entre désir de punitivité et souci d'amendement», *La loi pot-pourri II. Un an après,* Chr. De Valkeneer, H. Bosly et M.-A. Beernaert (dir.), Larcier, 2017, p. 39 à 80.

1339 Le chapitre II du livre premier du Code pénal comprend ainsi dorénavant une « Section V*bis*. De la peine de surveillance électronique » (comprenant les articles 37*ter* à *quater*), une « Section V*ter*. De la peine de travail » (comprenant les articles 37*quinquies* à *septies*) et une « Section V*quater*. De la peine de probation autonome » (comprenant les articles 37*octies* à *undecies*).

1340 « Conformément à l'article 85, le juge répressif peut tenir compte de circonstances atténuantes sans toutefois que la durée fixée de la surveillance électronique comme peine autonome puisse être inférieure à un mois » (art. 37*ter*, § 2).

1341 Les articles 58 à 60 du Code pénal ont été modifiés pour indiquer, qu'en cas de concours d'infractions, les peines de surveillance électronique seront cumulées sans pouvoir néanmoins dépasser un an. Comme le souligne O. Nederlandt, il était inopportun de modifier l'article 58 du Code pénal, qui concerne le concours matériel de contraventions, dans la mesure où la peine de surveillance électronique ne peut constituer une peine de police (« La surveillance électronique comme peine autonome et comme modalité d'exécution des peines ? Présentation et commentaire de la loi du 7 février 2014 », *J.T.*, 2014, p. 442.

1342 L'article 56, al. 4 du Code pénal, relative à la récidive de délit sur délit précise « qu'en aucun cas, la peine prononcée ne peut excéder une année de peine de surveillance électronique, trois cents heures de peine de travail ou deux ans de peine de probation autonome ».

La peine de surveillance électronique est inapplicable pour les faits visés aux articles 417/12 à 417/22 (actes à caractère sexuel non consentis accompagnés de certaines circonstances aggravantes et inceste), aux articles 417/25 à 417/41 (infractions concernant la débauche ou la prostitution d'un mineur), 417/44 à 417/47 (infractions concernant l'accès, la détention, l'acquisition, la production et la diffusion d'images d'abus sexuels de mineurs), 417/52 (production ou diffusion de contenus à caractère pornographique ou violent) et 417/54 (exhibitionnisme en présence d'un mineur ou d'une personnes vulnérable), si les faits ont été commis sur des mineurs ou à l'aide de mineurs et aux 393 à 397 (homicides volontaires) du Code pénal. La liste des infractions pour lesquelles la peine de surveillance électronique est exclue a été modifiée à la suite de la loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel. L'idée du législateur est de ne pas exclure d'office toutes infractions sexuelles du bénéfice des peines alternatives : « La possibilité d'une individualisation de la peine doit être maintenue. Toutes les possibilités de sanction doivent pouvoir rester ouvertes pour toutes les infractions »[1343]. Cette modification concerne aussi la peine de probation autonome et la peine de travail.

Étant donné son caractère de peine principale, la peine de surveillance électronique, conformément à l'article 7 du Code pénal, ne peut être cumulée avec les autres peines principales que sont l'emprisonnement, la peine de travail et la peine de probation autonome. En revanche, elle doit ou peut être cumulée avec des peines accessoires telles que la confiscation, l'amende, … Contrairement à l'emprisonnement, elle ne peut être assortie d'un sursis.

Par application de l'article 100 du Code pénal, à défaut de dispositions contraires, elle peut s'appliquer à toutes les infractions du livre II du Code pénal et des lois particulières.

> Cass., 10 janvier 2007 : « À défaut de dispositions contraires, une peine de travail peut être prononcée tant pour les infractions du Code pénal que pour celles prévues par les lois et règlements particuliers ; aucune disposition légale n'interdit au juge de prononcer une peine de travail pour sanctionner une infraction à la loi relative à la police de la circulation routière ».

Tout comme la peine de travail et de probation autonome, la peine de surveillance électronique n'est pas mentionnée sur les extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers de sorte qu'elle peut être appliquée si le prévenu a des antécédents judiciaires.

Le juge qui condamne à une peine de surveillance électronique doit prévoir une peine d'emprisonnement qui sera, le cas échéant, applicable en cas de non-exécution de la peine de surveillance électronique. Pour la fixation de la durée de cette peine d'emprisonnement subsidiaire, un jour de peine de surveillance électronique infligée correspond à un jour de peine d'emprisonnement (art. 37*ter*, § 1er, C.P.). Le rapport de la Commission de la Justice de la Chambre laisse entrevoir les raisons qui ont poussé le législateur à ne pas envisager l'amende comme peine subsidiaire à la peine de surveillance électronique : « pour être crédible, la peine de substitution doit présenter un caractère dissuasif, autrement dit être plus rigoureuse que la peine principale, afin de pousser le condamné à exécuter spontanément la peine principale »[1344].

1343 Exposé des motifs du projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2020-21, n°55-2141/001, p. 80. Voy. aussi, pp. 77-82.

1344 Rapport fait au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, 53-1042/005, p. 29.

On est loin des considérations de la proposition de loi initiale visant à instaurer de véritables alternatives à l'emprisonnement en vue de lutter contre la surpopulation carcérale[1345].

La peine de surveillance électronique « consiste en l'obligation de présence à une adresse déterminée, exception faite des déplacements ou absences autorisés, durant une période fixée par le juge (…). Le contrôle de la présence est assuré notamment par le recours à des moyens électroniques et (…) cette obligation est assortie de conditions » (art. 37*ter*, §1er, al. 2, C.P.). Elle doit ainsi être distinguée de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine et de la détention préventive surveillance électronique[1346].

En vue de l'application d'une peine de surveillance électronique, le ministère public, le juge ou les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement peuvent charger le service compétent pour la surveillance électronique de la réalisation d'un rapport d'information succinct et/ou d'une enquête sociale. Toute personne majeure avec laquelle cohabite le prévenu est entendue en ses observations dans le cadre de cette enquête sociale (art. 37*ter*, § 3, C.P.). La peine de surveillance ne peut être prononcée qu'après que le prévenu a été informé de la portée d'une telle peine et entendu dans ses observations. Il doit avoir été présent ou représenté à l'audience et donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement. L'accord de l'intéressé a été considéré comme « une condition *sine qua non* sur le plan de la procédure » dans la mesure où il prend un engagement sérieux. « C'est pourquoi il est aussi de la plus grande importance que la peine puisse être évaluée correctement: l'intéressé doit être informé de la portée de la peine et ses remarques doivent être entendues »[1347]. Cette condition étant substantielle, l'absence de consentement préalable emporte l'illégalité et, partant, l'annulation de la décision prononcée sur l'ensemble de la peine et sur la contribution au Fonds spécial d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence[1348].

Le juge peut tenir compte des intérêts des victimes éventuelles et peut entendre tout cohabitant majeur du prévenu qui n'aurait pas été entendu dans le cadre de l'enquête sociale ou en l'absence d'enquête sociale (art. 37*ter*, § 4, C.P.). Le juge peut également donner des indications quant aux modalités concrètes de la peine de surveillance électronique et peut soumettre le condamné à des conditions particulières individualisées si elles sont absolument nécessaires pour limiter le risque de récidive ou si elles sont nécessaires dans l'intérêt de la victime (art. 37*ter*, § 5, C.P.). Par ailleurs, le juge qui refuse de prononcer une peine de surveillance électronique doit motiver sa décision.

C. La peine de travail

La peine de travail a été introduite dans l'article 7 du Code pénal par la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police[1349].

1345 La surveillance électronique a, au départ, été proposée par quelques parlementaires (Proposition de loi instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, 53-1042/001, p. 3).

1346 Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 2. Modalités faisant l'objet d'une décision lors de l'exécution de la peine.

1347 Proposition de loi instaurant la surveillance électronique, Amendement, *Doc. parl*., Ch. repr., 2012-2013, n° 53-1042/002, p. 9.

1348 Cass., 15 juin 2021, *R.A.B.G.*, 2021, p. 1756, obs., *Rev. dr. pén. crim*., 2022 p. 477.

1349 Au sujet de cette loi, voy. Ch. GUILLAIN, « La peine de travail, peine autonome ? Analyse de la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police », *J.T.*, 2002, p. 641 et s. ; A. JACOBS et M. DANTINNE, « La peine de travail. Commentaire de la loi du 17 avril 2002 »,

Il y est prévu qu'elle ne peut, en tant que peine principale, être cumulée avec une peine d'emprisonnement.

> « L'article 7, paragraphe 2, du Code pénal stipule que dans les affaires correctionnelles ou de police pour des infractions commises par des personnes physiques, l'emprisonnement et la peine de travail ne peuvent être appliqués ensemble »[1350].

Il en va de même avec les peines de surveillance électronique et de probation autonome. Elle a donc été conçue comme une peine « alternative » ou de « substitution », afin d'« éviter de la sorte l'emprisonnement dont les effets négatifs ne sont plus à démontrer »[1351].

La Cour de cassation a rappelé que le prévenu n'a pas nécessairement droit à une peine de travail, même s'il entre dans les conditions :

> Cass., 4 février 2020 : « Il ne ressort pas de l'article 37*quinquies*, 1er et § 3, deuxième alinéa (...) qu'un prévenu, même si les conditions stipulées dans ces articles permettent de prononcer à son encontre une peine de travail (...) ait droit à une telle peine (...); il appartient en effet au juge, même si un prévenu satisfait aux conditions légales ainsi déterminées, de juger si, à la lumière des objectifs de la fixation de la peine et des données concrètes de l'affaire, le prononcé d'une peine de travail (...) est opportun »[1352].

Pour procéder à cette appréciation, le tribunal peut tenir compte d'éléments relatifs à la nature et à la gravité des faits et à la personnalité du prévenu, ainsi qu'à ses antécédents[1353]. Lorsqu'un fait est de nature à entraîner une peine correctionnelle, le juge peut, d'office, à la requête du ministère public ou à la demande du prévenu, condamner à titre de peine principale[1354] à une

---

Rev. dr. pén. crim., 2002, p. 815 et. s. ; M. DE RUE et I. WATTIER, « Une nouvelle peine correctionnelle et de police dans le Code pénal : la peine de travail », *J.D.J.*, n° 220, décembre 2002, p. 12 et s.; S. VANDROMME, « De werkstraf, de nieuwste aanwinst in het Belgische straffenarsenaal », *R.W.*, 2002-2003, p. 481 et s.; T. VANDER BEKEN et A. FLAVEAU, « Hard labeur. Een eerste analyse van de wet van 17 april 2002 tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en in politiezaken », *T. Strafr.*, 2002, p. 241 et s. ; P. HELSEN, « Hoe zwaar weegt de werkstraf ? », *N.J.W.*, 2002, pp. 123 et s. ; T. PAPART, « Tribunal de police et peine de travail : la loi du 17 avril 2002 », *J.J.P.*, 2002, p. 487 et s.; J. MAROT, « La peine de travail », *J.J.P.*, 2003, p. 433 et s.; A. JACOBS, « Inédits de droit pénal (II). La peine de travail », *J.L.M.B.*, 2003, p. 48 et s. ; P. HELSEN, « De werkstraf », *Recht in beweging*, Louvain, KUL, 2003, p. 189 et s. ; P. DE LE COURT, « La peine de travail autonome (PTA) : un chantier », *op. cit.*, 2004, p. 5 et s.; H. DOMINICUS, « De autonome werkstraf in België: een eerste stand van zaken », *Fatik*, 2004, n° 103, p. 5 et s.; P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines? La peine de travail ou les métastases de la pénalité alternative », *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 339 et s. ; A. SAUVAGE, « Le suivi et l'encadrement de la peine de travail : le travail de la peine », *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 900 et s. ; D. KAMINSKI, « La peine de travail en Belgique », *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 393 et s. ; J.-F. CAUCHIE, *Peines de travail. Justice pénale et innovation*, Bruxelles, Larcier, 2009. *Cf.* également le *Rapport d'évaluation sur l'application de la peine de travail*, prévu par l'article 15 de la loi du 17 avril 2002, qui analyse les jugements prononcés entre le 7 mai 2002 et le 30 juin 2003 (*Doc.*, Ch., 2004-2005, n° 51-1146/ 3, Annexe I) ; C. HEYMANS, « La peine de travail a soufflé ses vingt bougies. Conseils pratiques à destination des avocats », *J.T.*, 2022, pp. 479-480.

1350 Cass., RG P.21.0324.N, 18 mai 2021, C.R.A., 2022, n°1, p. 20 ; Cass., 8 février 2022, https://juportal.be/.

1351 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 3 et 6. Concernant le caractère illusoire d'un tel objectif, *cf.* cependant S. SNACKEN, « Surpopulation des prisons et sanctions alternatives », *op. cit.*, p. 381; P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines?... », *op. cit.*, p. 344.

1352 Cass., 4 février 2020, https://juportal.be/.

1353 Cass., 7 juin 2022, P.22.0433.N.; Cass., 25 janvier 2022, P.21.1270.N. https://juportal.be/.

1354 Cass., 11 février 2003. En vue d'appliquer la peine de travail, le ministère public, le juge d'instruction, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement peuvent charger la section du service des maisons de justice

peine de travail (art. 37*quinquies*, § 1er C.P.)[1355] et ce, même si le prévenu a des antécédents judiciaires[1356]. La peine de travail peut ainsi s'appliquer à tous les délits de même qu'à l'égard des crimes dans la mesure où, par application des circonstances atténuantes, les peines de réclusion sont susceptibles d'emporter une peine d'emprisonnement (art. 80 C.P.). La peine de travail peut dès lors être prononcée tant par le tribunal correctionnel que par la cour d'assises. Le législateur a néanmoins exclu certaines infractions de son champ d'application. Il s'agit des faits visés aux articles 417/12 à 417/22 (actes à caractère sexuel non consentis accompagnés de certaines circonstances aggravantes et inceste), aux articles 417/25 à 417/41 (infractions concernant la débauche ou la prostitution d'un mineur), 417/44 à 417/47 (infractions concernant l'accès, la détention, l'acquisition, la production et la diffusion d'images d'abus sexuels de mineurs), 417/52 (production ou diffusion de contenus à caractère pornographique ou violent) et 417/54 (exhibitionnisme en présence d'un mineur ou d'une personnes vulnérable), si les faits ont été commis sur des mineurs ou à l'aide de mineurs et aux 393 à 397 (homicides volontaires) du Code pénal.

La Cour de cassation a décidé que ces exclusions étaient indépendantes de toute circonstance susceptible de valoir à leur auteur une peine moins forte, en ce compris celles qui, indépendantes de sa volonté, l'ont empêché de réaliser complètement son dessein criminel :

> « La peine de travail est prohibée à l'égard de ces faits indépendamment de toute circonstance susceptible de valoir à leur auteur une peine moins forte, en ce compris celles qui, indépendantes de sa volonté, l'ont empêché de réaliser complètement son dessein criminel. L'exclusion s'étend donc à l'auteur qui a tenté de commettre le fait visé par la loi, de même qu'elle s'étend à celui qui n'aurait agi que comme complice ou sous l'empire d'une cause d'excuse ou de circonstances atténuantes »[1357].

Par application de l'article 100 du Code pénal, à défaut de dispositions contraires, elle peut s'appliquer à toutes les infractions du livre II du Code pénal et des lois particulières :

> « À défaut de dispositions contraires, une peine de travail peut être prononcée tant pour les infractions du Code pénal que pour celles prévues par les lois et règlements particuliers ; aucune disposition légale n'interdit au juge de prononcer une peine de travail pour sanctionner une infraction à la loi relative à la police de la circulation routière »[1358].

La peine de travail ne peut remplacer l'emprisonnement ou l'amende que lorsque ces peines sont prévues à titre de sanction principale de l'infraction et non venir se substituer à une peine accessoire :

---

du SPF Justice, de la rédaction d'un rapport d'information succinct et/ou d'une enquête sociale (art. 37*quater*, § 2 du Code pénal).

1355 Nous nous référons à la numérotation en vigueur.

1356 Les conditions pour obtenir une peine de travail sont ainsi plus favorables que celles relatives au sursis et à la suspension quant à l'existence de condamnations antérieures. Pour le sursis et la suspension, voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale.

1357 Cass., 15 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 288 ; *cf.* A. VANDEPLAS, « De ontoelaatbare werkstraf », note sous Cass., 5 novembre 2006, *R.W.*, 2008, p. 1773 et s.

1358 Cass., 10 janvier 2007, *Pas*., 2007, p. 56.

> « La déchéance du droit de conduire un véhicule ne constitue pas une peine principale mais seulement une peine accessoire, même si l'article 35 de la loi du 16 mars impose cette déchéance de sorte que la peine de travail ne peut venir la remplacer »[1359].

En revanche, la Cour de cassation a précisé que « l'instauration de cette peine laisse inchangé le régime des peines accessoires » de sorte que la peine de travail peut ou doit s'accompagner de la peine accessoire attachée à l'infraction selon son caractère obligatoire ou facultatif[1360]:

> « Prononce une peine illégale, le juge qui déclare un prévenu coupable d'un délit puni d'un emprisonnement et d'une amende, et ne prononce ensuite à son encontre qu'une peine de travail avec une peine d'emprisonnement subsidiaire, sans toutefois le condamner à la peine accessoire d'une amende ou sans prendre en considération des circonstances atténuantes »[1361].

Depuis la modification de l'article 8, § 1er, al. 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, par la loi du 5 février 2016 (dite pot-pourri II), la peine de travail ne peut plus être assortie d'un sursis.

Le juge qui condamne à une peine de travail doit prévoir une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende qui sera, le cas échéant, applicable en cas de non-exécution de la peine de travail (art. 37*quinquies*, § 1er, C.P.)[1362]. Cette peine subsidiaire doit être de même nature que la peine de travail.

> « Qu'ayant condamné le défendeur à une peine de police de 25 heures de travail, les juges d'appel ne pouvaient pas prévoir une amende, de nature correctionnelle, de 75 euros comme peine de substitution »[1363].

La peine de travail ne peut être prononcée qu'après que le prévenu a été informé de la portée d'une telle peine et entendu dans ses observations. Il doit avoir été présent ou représenté à l'audience et donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement (art. 37*quinquies*, § 3, C.P.)[1364]. Le juge peut tenir compte des intérêts des victimes éventuelles (art. 37*quinquies*, § 3, C.P.). Il détermine la durée de la peine et peut donner des indications

---

1359 Cass. 29 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 533.

1360 Cass., 12 février 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 921 et note, et *J.L.M.B.*, 2003, p. 1310 et note A. Jacobs.

1361 Cass., 17 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 231 : sur la base de l'article 85, alinéa 2 du Code pénal, le juge peut en effet, en cas d'admission de circonstances atténuantes opter pour l'emprisonnement ou l'amende, alors que la loi prévoit leur cumul. Voy., aussi, Corr. Termonde, 3 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 306, note M. Rozie (concernant une peine accessoire de déchéance du droit de conduire avec sursis), et Pol. Malines, 28 novembre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 303 (concernant une peine accessoire d'amende avec sursis). Voy., *infra,* Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale.

1362 De manière assez étonnante, la cour d'appel de Gand a décidé qu'il ne peut être prévu de peine d'emprisonnement subsidiaire pour la partie de la peine d'amende assortie d'un sursis à son exécution (Gand, 28 octobre 2018, *T. Strafr.*, 2019, p. 222, obs. G. Marlier et J. De Mets).

1363 Cass., 19 mai 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1085, note A. Jacobs et *R.W.*, 2005-2006, p. 24, note S. Vandromme.

1364 La Cour de cassation a considéré que le consentement du prévenu est une condition substantielle « prévue notamment aux fins d'assurer l'exécution de la peine » (Cass., 24 novembre 2010, *Pas.*, 2010, I, n° 692). La peine de travail ne peut dès lors être prononcée par défaut.

concernant son contenu concret (art. 37*quinquies*, § 4, C.P.)[1365]. S'il refuse de prononcer une peine de travail, il doit motiver sa décision (art. 37*quinquies*, § 3, C.P.).

> Cass., 4 février 2020 : « Si une peine de travail, (...) est demandée et que le prévenu satisfait aux conditions fixées légalement, le juge peut motiver sa décision de rejet, soit en donnant des motifs spécifiques à cet effet, soit en prononçant contre le prévenu une ou plusieurs autres peines et en motivant le choix de cette ou ces peines et leur mesure conformément à l'article 195, deuxième alinéa du Code d'instruction criminelle. L'article 149 de la Constitution, les articles 37*quinquies*,§ 3 du Code pénal (...) n'obligent pas le juge à prononcer le refus d'une peine de travail (...) toujours de manière autonome avec un raisonnement autonome, ce qui ne vide pas l'obligation de motivation de son contenu étant donné qu'il est nécessaire mais suffisant que le prévenu sache pourquoi il a été condamné à une ou plusieurs peines et, par conséquent, également pourquoi il n'a pas été condamné à une peine de travail (...) »[1366].

Si la peine de travail est inscrite au casier judiciaire, elle n'est pas mentionnée sur les extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers[1367] et ne peut fonder l'état de récidive.

Concernant l'application de la loi pénale dans le temps, la Cour de cassation a considéré, dans un premier temps, que la peine de travail est plus sévère que l'amende de sorte qu'elle ne peut rétroagir, ni s'appliquer en degré d'appel, lorsque seul le prévenu a fait appel d'une décision qui l'a condamné à une amende :

> « Que la peine de travail est, en raison de son objet, plus sévère que l'amende puisque son incidence sur la liberté individuelle est plus importante »[1368].

Par la suite, la Cour de cassation a nuancé son propos en précisant que la substitution, en appel, d'une peine consentie (la peine de travail) à une peine infligée (l'amende) n'outrepasse pas la limite des intérêts du prévenu :

> « À condition de ne pas remplacer une peine de police par une peine correctionnelle, la substitution d'une peine consentie à une 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 »[1369].

La Cour a adopté la même solution en matière d'opposition :

1365 *Cf.* notamment Cass., 19 mai 2010 où la Cour juge que c'est à raison que l'arrêt attaqué « ne commine une peine de travail, assortie d'un sursis partiel, à charge du demandeur que sous la restriction qu'elle devra être exécutée en tenant compte de l'affection, à préciser dans un rapport médical, dont il souffre à la main gauche » (*T. Strafr.*, 2010, p. 340).

1366 Cass. 4 février 2020, https://juportal.be/. Voy. Cass., 12 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1314, et note A. Jacobs.

1367 Art. 590 et 595 du Code d'instruction criminelle. Pour plus de précisions concernant le casier judiciaire, voy., *infra*, Section 7. La disparition des effets des peines.

1368 Cass., 5 octobre 2005, *T. Strafr.*, 2006, p. 24 ; Cass., 11 octobre 2005. *Cf.* également S. VANDROMME, « De werkstraf en het verbod van *reformatio in pejus* », note sous Anvers, 7 octobre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 146 et s. Le seul appel du prévenu ne peut en effet avoir pour conséquence d'aggraver sa situation (effet relatif de l'appel : Cass., 29 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1077).

1369 Cass., 20 juin 2007, *Rev. dr. pén. crim*, 2007, p. 1161, et note P. de le Court.

> « Le juge ne méconnaît pas l'effet relatif de l'opposition en remplaçant, sur le seul recours du prévenu, l'amende correctionnelle encourue devant le premier juge par une peine de travail »[1370].

Dans la foulée, la Cour constitutionnelle a jugé qu'« 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 » et a considéré, en conséquence, que l'article 211*bis* du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution[1371]. Par ailleurs, la Cour a également décidé que la loi du 17 avril 2002 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle omet de permettre au prévenu qui a été condamné par défaut à une peine d'amende de solliciter, sur opposition, qu'une peine de travail soit prononcée[1372].

D. La peine de probation

La loi du 10 avril 2014 instaurant la peine de probation autonome[1373] introduit une section V*quater* dans le Code pénal, intitulée « De la peine de probation autonome » qui consiste en l'obligation de respecter des conditions particulières durant une période déterminée fixée par le juge (art. 37*octies*, § 1er, al. 2 du Code pénal).

Le régime de la peine de probation autonome est calqué, quasi à l'identique, sur celui de la peine de travail. Ainsi, sauf pour les mêmes exceptions que la peine de travail, la peine de probation peut, d'office, à la requête du ministère public ou à la demande du prévenu, être prononcée à titre principal en matière correctionnelle pour une période qui ne peut être inférieure, sous réserve des règles relatives aux circonstances atténuantes[1374], à un an ni supérieure à deux ans, nonobstant l'existence d'un concours d'infraction ou d'une récidive[1375].

Le juge qui condamne à une peine de probation doit prévoir une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende qui sera, le cas échéant, applicable en cas de non-exécution de la peine de probation (art. 37*octies*, § 1). Cette peine subsidiaire doit être de même nature que la peine de probation. Le Conseil d'Etat a critiqué l'absence de précision légale quant à la durée ou quant au montant de la peine subsidiaire eu égard au principe de proportionnalité, ouvrant ainsi « la

---

1370 Cass., 26 septembre 2007. Tout comme l'appel, la seule opposition du prévenu ne peut avoir pour conséquence d'aggraver sa situation (effet relatif de l'opposition : Cass., 7 janvier 1997).

1371 C.C., 28 novembre 2007, arrêt n° 147/2007. A ce sujet, *cf.* « L'échelon de la peine de travail. Historique et synthèse très partielle », note sous C.C. n° 147/2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 411 et s. Sur cette question, ainsi que sur la question du prononcé de la peine de travail sur opposition, *cf.* H. SIMONART, « La peine de travail, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle », *Loyauté, justice et vérité. Liber amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, La Charte, 2009, p. 357 et s.

1372 C.A., 11 janvier 2007, n° 4/2007. A ce sujet, voy. K. BEIRNAERT, « Werkstraf op verzet na geldboete bij verstek : lacune in de wet? », note sous C.A., 11 janvier 2007, *R.W.*, 2007, p. 360 et s.

1373 Loi du 10 avril 2014 insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation (*M.B.*, 19 juin 2014).

1374 L'article 85 du Code pénal précise, qu'en cas d'admission de circonstances atténuantes, la peine de probation autonome peut être réduite au-dessous de douze mois, sans toutefois être inférieure à une peine de police.

1375 Par application des articles 56, alinéa 4 et 58 à 60 du Code pénal, la peine de probation ne peut dépasser deux ans en cas de récidive ou de concours d'infractions.

voie au remplacement éventuel d'une peine de probation plutôt légère, par une peine d'emprisonnement relativement lourde »[1376].

La peine de probation ne peut être prononcée qu'après que le prévenu a été informé de la portée d'une telle peine et entendu dans ses observations. Il doit avoir été présent ou représenté à l'audience et donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement. Le juge peut tenir compte des intérêts des victimes éventuelles. S'il refuse de prononcer une peine de probation, il doit motiver sa décision (art. 37*octies*, § 3. Sur la motivation, voy. *infra*).

Le juge doit donner des indications concernant le contenu de la peine de probation autonome (art. 37*octies*, § 4), mais c'est la commission de probation qui détermine le contenu concret de la peine de probation autonome (37*novies*, § 3)[1377].

À l'instar de la peine de travail, la peine de probation n'est pas inscrite sur les extraits du casier judiciaire délivrés aux particuliers, de sorte qu'elle ne peut fonder un état de récidive. En revanche, rien n'empêche le juge de condamner un prévenu en état de récidive à une peine de probation.

E. Les peines pécuniaires

1. L'amende

L'amende est une peine pécuniaire prononcée par un juge pénal, qui consiste en l'obligation de payer une somme d'argent déterminée au trésor public. L'amende peut être une peine principale, une peine accessoire ou une peine subsidiaire.

En raison de l'érosion monétaire continuelle, le législateur a prévu, depuis 1921, un système d'accroissement du taux des amendes qu'on appelle le système des « décimes additionnels »[1378]. Celui-ci consiste à majorer le taux de l'amende prévu par la loi d'un certain nombre de décimes (un décime étant équivalent au dixième du montant nominal de l'amende) ou, si l'on préfère, à multiplier ce taux par un certain coefficient.

> « Ajouter un décime à une somme consiste à majorer cette somme d'un dixième de son montant »[1379].

1376 Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal (...), Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 3274/001, p. 35.

1377 Pour le Conseil supérieur de la Justice, cette « délégation illégitime de la fixation de la peine » ne contribuera pas à l'individualisation de la fixation de la peine par le juge puisqu'il la soustraite à la commission de probation, CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, Avis d'office sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle ainsi que la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *op. cit.*, p. 2. Pour les mêmes raisons, le Conseil d'Etat se demande si la qualification de la mesure de probation en tant que peine n'est pas usurpée et si elle est conforme au principe de légalité en matière pénale, dans la mesure où le condamné ne connaît pas toujours les contours exacts de de la peine sur laquelle il marque son accord, Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal (...), Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 3274/001, p. 34.

1378 Voy. A. KOHL, « Les incidences de la dépréciation monétaire en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-1973, p. 848 et s. ; *Idem*, « Remèdes à l'efficacité réduite des amendes pénales par suite de l'érosion monétaire », *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, p. 647 et s.

1379 Cass., 10 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 265.

Depuis la loi du 5 février 2016 (loi dite pot-pourri II), les décimes sont de 70, ce qui signifie que le taux nominal de l'amende doit être multiplié par 8. Cette majoration n'a cependant aucune répercussion sur la nature de la peine. La Cour précise également qu'il appartient aux cours et tribunaux de constater dans leurs arrêts ou jugements que l'amende prononcée à charge du prévenu, en application du Code pénal notamment, est majorée du nombre de décimes fixé par la loi, en indiquant le chiffre qui résulte de cette majoration[1380].

Par ailleurs, en vertu de l'article 2 de loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales, modifiée par la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution, les montants des sommes d'argent auxquelles les décimes additionnels sont appliqués, sont censés être exprimés directement en euro sans conversion[1381].

Il convient de distinguer l'amende pénale d'autres formes de pénalités pécuniaires, comme les amendes fiscales ou administratives.

Il faut également ne pas confondre l'amende et la transaction pénale qui est une procédure qui permet au ministère public, dans les cas prévus par la loi, de proposer l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent par l'auteur de l'infraction aux termes de l'article 216*bis* du Code d'instruction criminelle. N'étant pas prononcée par un juge, elle ne constitue pas une peine.

L'amende diffère aussi de la contribution au Fonds d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence qui ne constitue pas une peine[1382] Ainsi, toute condamnation à une peine principale criminelle ou correctionnelle entraîne l'obligation pour le juge de condamner le prévenu à verser une somme de 25 euros, majorée des décimes additionnels, à titre de contribution au Fonds, soit 200 euros[1383]. La contribution ne peut dès lors être prononcée en cas de condamnation à une peine police :

> « Est illégale, la décision par laquelle le juge pénal, après avoir condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement de 9 jours du chef de l'infraction de bruits ou tapages nocturnes de nature à troubler la tranquillité des habitants, commise par le prévenu en état de récidive spéciale, condamne en outre le prévenu, par application de l'art. 29, al. 1er de la loi du 1er août 1985, à l'obligation de verser une somme de 5 francs, majorée de décimes additionnels, à titre de contribution au financement du Fonds pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, dès lors que la peine d'emprisonnement principal de 9 jours est une peine d'emprisonnement de police et que la condamnation à ladite obligation ne peut être prononcée qu'en cas de condamnation à une peine principale criminelle ou correctionnelle »[1384].

1380 Cass., 24 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 121.

1381 Nous ferons dès lors toujours figurer le terme « euro » entre parenthèses, lorsque les textes cités sont formulés en francs. Au sujet de ces modifications, *cf.* notamment J. ROZIE, « De euro en de geldboete : nieuwe wiskunderegels vanaf 1 januari 2002 », *T. Strafr.*, 2000, p. 201 et s.

1382 Voy. Cass., 5 juin 1996, *Pas.*, 1996, n° 214, pour la contribution au Fonds et Cass., 31 mars 1993, *Pas.*, 1993, p. 344 ; Cass., 9 novembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 919, pour la condamnation à l'indemnité forfaitaire.

1383 Art. 29 de la loi du 1er août 1985 portant des mesures fiscales et autres.

1384 Cass., 9 mai 1989, *Pas*. 1989, I, p. 940.

De même, toute condamnation à une peine criminelle, correctionnelle ou de police entraîne la condamnation du prévenu à payer une indemnité forfaitaire de 51,20 euros non soumise aux décimes additionnels, à titre de participation aux frais de gestion de la justice[1385]. Enfin, depuis la loi du 19 mars 2017, le condamné doit également verser une contribution de 20 euros au Fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne[1386].

2. La confiscation

La confiscation est une peine accessoire qui a pour effet de transférer la propriété d'un bien appartenant au condamné à l'État. L'article 42 du Code pénal prévoit que la confiscation spéciale s'applique :

> 1° aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient au condamné ;
> 2° aux choses qui ont été produites par l'infraction ;
> 3° aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis.

La confiscation peut également porter sur une somme d'argent qui sera équivalente à la valeur des avantages tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués si ces choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné (art. 43*bis*, al. 2 C.P.).

F. La privation de certains droits

La destitution est une peine accessoire à une peine criminelle principale qui implique dans le chef du condamné la perte des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics qu'il possédait au moment de sa condamnation (art. 19 C.P.). Elle est obligatoire pour toute condamnation à une peine criminelle.

L'interdiction de certains droits est une peine qui prive le condamné en tout ou en partie de l'exercice de certains droits. Certaines interdictions ou déchéances sont prononcées par le juge tandis que d'autres sont automatiques, résultant d'office de la condamnation du chef de certaines infractions. Certaines déchéances sont obligatoires, d'autres facultatives.

L'article 31, al. 1er C.P. énumère les différents droits dont l'interdiction doit ou peut être prononcée :

- le droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics,
- l'éligibilité,
- le droit de porter une décoration ou un titre de noblesse,
- le droit d'être juré, expert, témoin en justice,
- le droit de faire partie d'un conseil de famille, d'être tuteur, …
- le port d'arme ou le droit de faire partie de l'armée.

1385 Circulaire 131*quater* du 31 janvier 2013, *M.B.*, 1er mars 2013. Voy. Cass., 29 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 658 : « le législateur a voulu combattre l'augmentation des frais de gestion de la Justice en imposant aux condamnés une participation forfaitaire aux frais de cette nature occasionnés par les infractions dont ils ont été déclarés coupables (...) ; il ne s'agit ni d'un 'impôt déguisé' ni d'un moyen 'de dissuasion financière' pour amener les condamnés à ne pas exercer de recours ».

1386 Art. 4, § 3, et 5 de la loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne.

D'autres interdictions sont prévues par des lois particulières, comme la déchéance du droit de conduire ou l'interdiction d'exercer la profession de médecin ou de vétérinaire ou une activité paramédicale, …

G. Les autres peines

Certaines dispositions de droit pénal spécial ou particulier prévoient encore d'autres peines, comme la fermeture d'un établissement (tel qu'un débit de boissons), la fermeture de l'établissement dans le cadre duquel l'infraction a été commise, l'affichage ou la publication de la décision judiciaire ou encore sa communication à certaines personnes ou instances,. ..

§ 3. Classification tripartite des peines

Aux termes des articles 7 et suivants du Code pénal, il est possible de distinguer trois catégories de peines, selon leur ordre de gravité décroissant : les peines criminelles, les peines correctionnelles et les peines de police.

La portée pratique de cette classification est essentielle dans la mesure où elle détermine, sur la base de l'article 1er du Code pénal, la classification tripartite des infractions et entraîne, par ce biais, un ensemble considérable de conséquences juridiques indirectes tant au plan du droit pénal qu'au plan de la procédure pénale (tentative, participation criminelle, récidive, concours d'infractions, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, prescription de l'action publique et de la peine, etc.).

On rappellera également que c'est la peine appliquée (peine *in concreto*) et non la peine applicable (peine *in abstracto*) qui détermine la nature de la peine et, dès lors, celle de l'infraction[1387].

On évoquera successivement les peines applicables aux personnes physiques et les peines applicables aux personnes morales, en distinguant, au sein de chaque catégorie, les peines principales des peines accessoires.

A. Peines applicables aux personnes physiques

1. Peines criminelles

a) Les peines principales

La loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles a supprimé la peine de mort et les travaux forcés. La Belgique a, par ailleurs, signé, le 3 mai 2002, le Protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances et l'a ratifié par la loi du 13 mai 2003. Par une loi du 2 février 2005, insérant un nouvel article 14*bis*, l'abolition de la peine de mort a été inscrite dans la Constitution[1388].

1387 Pour plus de précisions, voy., *supra*, Chapitre II, L'infraction, Section 2. La classification des infractions, § 1. Classification tripartite fondée sur la nature de la peine, B. Difficultés d'application.

1388 Cette inscription a été justifiée par le fait qu'il paraissait « essentiel d'inscrire un droit aussi fondamental dans la Constitution » et par le fait que « la peine de mort ne pourra dès lors être réintroduite par une majorité

Depuis 1996, les peines principales en matière criminelle sont la réclusion et la détention.

b) Les peines accessoires

Les peines principales de réclusion et de détention peuvent ou doivent - selon leur caractère facultatif ou obligatoire - être accompagnées de certaines peines accessoires qui auront toujours la nature de peines criminelles.

On citera d'abord la peine prévue, à titre obligatoire, par l'article 18 du Code pénal, consistant, en cas de condamnation à la réclusion à perpétuité ou à la détention à perpétuité, à la réclusion ou à la détention de vingt à trente ans (ou de trente à quarante ans), dans *l'impression* par extrait et *l'affichage* de la décision dans la commune où le crime a été commis et dans celle où la décision a été rendue. Cette peine n'a pas été jugée suffisamment dégradante pour emporter la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant les traitements inhumains et dégradants.

> « Si une condamnation pénale peut être dégradante, la publicité qui en est faite selon les modalités prévues à l'article 18 ne revêt pas le caractère de gravité minimale susceptible d'encourir la censure au titre de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[1389].

On citera ensuite la *destitution* des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics que possédait le condamné, prévue par l'article 19 du Code pénal, qui doit obligatoirement être prononcée en cas de condamnation à la réclusion à temps ou à perpétuité et pour toute détention à perpétuité ou supérieure à quinze ans. La cour d'assises a également la faculté de la prononcer en cas de condamnation à la peine de détention inférieure à quinze ans.

Aux termes de l'article 46 du Code pénal, la cour d'assises peut également prononcer l'indignité successorale en cas de condamnation, en tant qu'auteur, coauteur ou complice, pour une des infractions visées aux articles 417/11, 417/16 et 417/17, 398 à 400, 402, 403, 405, 409, §§ 1er à 3 et 5, et 422*bis* du Code pénal, de sorte que le condamné sera exclu de la succession de la victime.

Ont également la nature de peines criminelles, lorsqu'elles accompagnent la réclusion ou la détention, à titre accessoire*, l'interdiction de certains droits civils et politiques*, prévue par les articles 31 et 32 du Code pénal. L'interdiction porte sur le droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics, le droit d'éligibilité, le droit de porter des décorations ou titres de noblesse, le droit d'être juré, expert ou témoin en justice, le droit d'être tuteur ou curateur, d'administrateur de biens ou de personnes, de détenir des armes ou de server dans les forces armées, ... L'interdiction est prévue tantôt à titre obligatoire, tantôt à titre facultatif, selon le terme de la réclusion ou de la détention et est prononcée à perpétuité ou pour une durée égale

---

ordinaire », ce qui « évite dès lors que sous la pression populaire suite à certains événements dramatiques, une majorité occasionnelle de rechange réintroduise la peine de mort » (Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Alfons BORGINON, *Doc.*, Ch., 2003-2004, n° 51-0226/006, p. 7 et 8). *Cf.* également F. GOOSSENS, « De afschaffing van de doodstraf in de Grondwet ingeschreven », *T.V.W.*, 2005, p. 137 et s. Par ailleurs, en date du 27 mars 2014, le Sénat a adopté une proposition de loi qui vise à garantir à toute personne extradée vers un pays qui pratique la peine de mort, qu'elle ne sera pas condamnée à celle-ci (*Doc.*, Sénat, S.E. 2010, n° 5-243/1).

1389 Cass., 6 mai 2009, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 945.

ou supérieure à dix ans. L'interdiction du droit de vote, à perpétuité ou pour une durée de vingt ans à trente ans, est toujours facultative (art. 31, al. 2, C.P.).

La cour d'assises doit obligatoirement prononcer la *confiscation spéciale* prévue, à titre obligatoire, pour les choses formant l'objet de l'infraction, celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre quand la propriété en appartient au condamné ainsi qu'aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 43, al. 1er, C.P.)[1390].

L'amende, ne pouvant jamais constituer une peine principale en matière criminelle, revêtira toujours le caractère de peine accessoire, à titre facultatif ou obligatoire. Aux termes de l'article 38, alinéa 2 du Code pénal, l'amende, en matière criminelle, doit être de vingt-six francs (euros) au moins[1391].

La cour d'assises peut ou doit également prononcer la *mise à la disposition du tribunal de l'application des peines* (art. 34*bis* à *quater* C.P.).

Enfin, la cour d'assises peut, à certaines conditions, assortir la condamnation à une peine criminelle d'une durée minimale de trois ans, pour des infractions d'une certaine gravité, d'une *période de sûreté* avant l'échéance de laquelle aucune libération anticipée ne pourra intervenir (art. 344, al. 4 et 5 C.i.cr.).

On précisera que les peines accessoires peuvent se cumuler dans la mesure où certaines sont obligatoires. Par ailleurs, d'autres peines accessoires peuvent être prévues par le droit pénal spécial ou particulier, par application de l'article 100 du Code pénal. Ainsi, en matière de corruption de la jeunesse et de prostitution sur un mineur ou impliquant sa participation, le juge peut transmettre la partie pénale du dispositif de la décision judiciaire à l'employeur connu du condamné qui est en contact avec des mineurs (art. 382*quater* C.P.).

2. Peines correctionnelles

a) Les peines principales (article 7 du Code pénal)

Peuvent avoir la nature de peines correctionnelles les peines principales suivantes : l'emprisonnement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail, la peine de probation autonome et l'amende.

1) L'emprisonnement

Aux termes de l'article 25 C.P., l'emprisonnement est une peine privative de liberté qui, à titre de peine principale, est de nature correctionnelle, lorsque sa durée est de huit jours au moins et de cinq ans au plus.

Sa durée peut être augmentée si le tribunal correctionnel connaît d'un crime correctionnalisé par l'admission de circonstances ou de causes d'excuse atténuantes. Elle peut ainsi atteindre dix ans au plus lorsqu'il s'agit d'un crime punissable d'une peine de réclusion de dix ans à quinze ans qui a été correctionnalisée, quinze ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion

---

1390 Pour plus de précisions concernant la confiscation spéciale, voy. *infra.*

1391 Pour plus de précisions concernant l'amende, voy. *infra*.

de quinze ans à vingt ans qui a été correctionnalisé et vingt ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans ou de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé (article 25 tel que modifié par loi du 21 décembre 2009 relative à la Cour d'assises et rétabli par l'arrêt du 21 décembre 2017 de la Cour). Néamoins, en cas de récidive, par application de l'article 56, alinéa 3 du Code pénal, le juge correctionnel pourrait prononcer une peine allant jusqu'à quarante ans d'emprisonnement. Comme nous l'avons vu en matière de récidive[1392], et conformément aux enseignements de la Cour constitutionnelle, le juge correctionnel, doit cependant veiller à ne pas condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement dont la durée excède le maximum de la peine de réclusion qui aurait pu être imposée par la cour d'assises, ayant constaté des circonstances atténuantes, soit au maximum trente ans d'emprisonnement.

Le crime correctionnalisé puni d'une peine d'emprisonnement est assimilé à un délit.

La durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures. La durée d'un mois d'emprisonnement est de trente jours. Il en résulte que la durée d'emprisonnement de douze mois totalise 360 jours et n'est pas égale à la durée d'emprisonnement d'un an qui compte 365 jours[1393].

La peine d'emprisonnement est une peine principale qui, aux termes de l'article 7 du Code pénal, ne peut pas être cumulée avec d'autres peines principales (peine de surveillance, peine de travail et peine de probation).

Nous verrons que la peine d'emprisonnement peut être assortie d'un sursis[1394].

2) La peine de travail

Une peine de travail est une peine correctionnelle lorsqu'elle est au minimum de quarante-six heures, sous réserve de l'application des circonstances atténuantes sans toutefois être inférieure à une peine de police (art. 85 C.P.)[1395]. Elle ne peut être supérieure à trois cents heures, même en cas de concours d'infractions (art. 58 à 60 C.P.) ou de récidive (art. 56, al. 4 C.P.).

3) La peine de probation autonome

La peine de probation est une peine correctionnelle lorsqu'elle est au minimum de un an sans excéder deux ans, même en cas de récidive ou de concours d'infraction.

4) La peine de surveillance électronique

La peine de surveillance électronique ne peut être inférieure à un mois, y compris en cas d'admission de circonstances atténuantes ni supérieure à un an (art. 37*ter*, §§ 1er et 2). Dans la mesure où un jour de peine de surveillance électronique correspond à un jour de peine d'emprisonnement, la peine de surveillance électronique constitue dès lors uniquement une peine correctionnelle, ce qui n'empêche pas son application en matière criminelle, après admission des circonstances atténuantes. Elle ne peut par ailleurs, contrairement à la peine de travail et à la peine de probation, constituer une peine de police.

1392 Voy., *supra*, Chapitre III, section 4.

1393 Cass., 9 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 535.

1394 Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 2. Le sursis à l'exécution des peines.

1395 Cass., 15 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, n° 413 ; Cass., 6 décembre 2005, *Pas.*, 2005, I, n° 647.

5) L'amende

L'amende est une peine pécuniaire qui, prononcée à titre principal, a la nature d'une peine correctionnelle si son montant est de vingt-six francs (euros) au moins (art. 38, al. 2 C. pén.)[1396].

Rappelons qu'en vertu de l'article 40 du Code pénal, le juge doit prévoir qu'en cas de non-paiement de l'amende, celle-ci pourra être remplacée par un emprisonnement qui ne peut excéder trois mois en matière correctionnelle.

Par ailleurs, l'article 195, alinéas 2 et 3 du Code d'instruction criminelle prévoit que le juge correctionnel tient compte, pour la détermination du montant de l'amende, des éléments invoqués par le prévenu eu égard à sa situation sociale. Le juge peut également prononcer une peine d'amende inférieure au minimum légal si le contrevenant soumet un document quelconque qui apporte la preuve de sa situation précaire[1397].

b) Les peines accessoires

Ont, par ailleurs, la nature de peines correctionnelles, lorsqu'elles accompagnent, à titre accessoire, l'une des peines principales qui viennent d'être citées : *l'interdiction de certains droits civils et politiques,* prévue, à titre facultatif, par les articles 33[1398] et 33*bis* du Code pénal ou à titre obligatoire par certaines dispositions comme l'article 378 du Code pénal; la confiscation spéciale prévue, à titre obligatoire, pour les choses formant l'objet de l'infraction, celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre quand la propriété en appartient au condamné ainsi qu'aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 43, al. 1er du Code pénal) ; *l'amende*, lorsqu'elle accompagne une peine d'emprisonnement, une peine de travail, une peine de probation autonome ou une peine de surveillance électronique ; la déchéance du droit de conduire prévue, à titre obligatoire ou facultatif, en matière de roulage ; la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (art. 34*bis* du Code pénal).

Rappelons que d'autres peines accessoires peuvent être prévues, à titre facultatif ou obligatoire, par le droit pénal spécial ou particulier. Ainsi, à titre d'exemple, l'article 490 du Code pénal prévoit l'obligation pour le juge, en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement pour des faits visés aux articles 489 à 489*ter* (fraudes en matière de faillite), d'ordonner la publication de la décision au M.B., aux frais du condamné. De même, la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes

---

1396 La Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une amende élevée pouvait porter atteinte à l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme: « Une amende fixée au décuple des droits éludés pourrait, dans certains cas, porter une atteinte telle à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée qu'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 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme » (Cour. eur D.H., 11 janvier 2007, arrêt *Mamidakis c. Grèce*).

1397 A cet égard, *cf.* notamment A. JACOBS, « L'adaptation de l'amende à la situation sociale du condamné (art. 195, al. 2 du Code d'instruction criminelle) », *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, p. 267 et s., p. 267 et s.

1398 La Cour de cassation a rappelé qu'en vertu de l'article 33 du Code pénal, « le juge correctionnel ne peut interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits énumérés à l'article 31, alinéa 1er, que dans les cas prévus par la loi » (Cass., 27 octobre 2010, *Pas*., 2010, p. 2828).

et psychotropes prévoit que les condamnés qui exercent une branche de l'art de guérir, de l'art vétérinaire ou une profession paramédicale, peuvent être interdits, temporairement ou définitivement, de l'exercice de cet art ou de cette profession (art. 4, § 2).

3. Peines de police

Peuvent également avoir la nature de peines de police les trois peines principales déjà évoquées en matière correctionnelle : l'emprisonnement, la peine de travail et l'amende[1399].

a) Les peines principales

1) L'emprisonnement

Aux termes de l'article 28 du Code pénal, l'emprisonnement est une peine de police lorsque sa durée est d'un jour au moins et de sept jours au plus.

Comme dans le cas de l'emprisonnement correctionnel, la durée maximum peut cependant être exceptionnellement dépassée par application des règles relatives au concours d'infractions ou à la récidive.

2) La peine de travail

Aux termes de l'article 37*quinquies*, § 1er, du Code pénal, et sous réserve des exceptions énumérées, lorsqu'un fait est de nature à entraîner une peine de police, le juge peut condamner à titre de peine principale à une peine de travail. Celle-ci est une peine de police si elle est égale ou inférieure à quarante-cinq heures. Elle ne peut cependant être inférieure à vingt heures (art. 37*quinquies*, § 2).

Quant à ses conditions d'application, elles sont identiques à celles qui sont prévues lorsqu'elle constitue une peine correctionnelle.

3) La peine de probation autonome

Le juge peut également, depuis la loi du 8 mai 2014, prononcer une peine de probation à titre principal en matière de police pour une période qui ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à douze mois. Nous renvoyons pour le surplus aux développements consacrés à cette peine en matière correctionnelle.

En revanche, la peine de surveillance électronique ne peut pas être prononcée en matière de police.

! Remarque : pas de surveillance électronique comme peine de police ! Dans la mesure où un jour de peine de surveillance électronique correspond à un jour de peine d'emprisonnement, elle

---

1399 On notera que le législateur décrétal peut instaurer d'autres peines. Ainsi, l'article L 4145-25, § 1er du Décret de la Région wallonne modifiant le Livre Ier de la quatrième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit que l'électeur qui s'abstient d'aller voter peut être condamné par le tribunal de police à une réprimande ou à une amende de cinq à dix euros, cité par N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2e éd., *op. cit.*, p. 469.

ne peut, contrairement à la peine de travail et à la peine de probation, constituer une peine de police.

4) L'amende

Aux termes de l'article 38, alinéa 1er du Code pénal, l'amende prévue à titre principal est une peine de police lorsque son montant est d'un franc (euro) au moins et de vingt-cinq francs (euros) au plus. Elle doit également être assortie d'une peine d'emprisonnement subsidiaire qui ne peut excéder trois jours en matière de police. Pour déterminer le montant de l'amende pénale, le juge tient compte de la situation sociale du prévenu et peut prononcer une peine d'amende inférieure au minimum légal si le contrevenant soumet un document quelconque qui apporte la preuve de sa situation précaire (article 163, al. 3 et 4 du Code d'instruction criminelle)[1400].

b) Les peines accessoires

En outre, ont la nature de peines de police, lorsqu'elles accompagnent à titre de peine *accessoire* l'une de ces peines principales : *l'amende*, lorsqu'elle accompagne une peine d'emprisonnement, une peine de travail ou une peine de probation autonome, la *confiscation spéciale*, lorsqu'elle est prévue par la loi, comme le précise l'article 43, alinéa 2 du Code pénal. À nouveau, d'autres peines accessoires peuvent être prévues, à titre facultatif ou obligatoire, par le droit pénal spécial ou particulier. À titre d'exemple, nous pouvons citer la peine de déchéance du droit de conduire prévue par la loi relative à la police de la circulation routière.

B. Peines applicables aux personnes morales[1401]

Aux termes de l'article 7*bis* du Code pénal, la seule peine *principale* prévue en matière criminelle, correctionnelle et de police, est *l'amende*[1402], étant donné que « la peine privative de liberté n'est ni applicable ni transposable comme telle aux personnes morales »[1403].

Soucieux de maintenir le parallélisme le plus étroit possible avec les peines applicables à des personnes physiques pour les mêmes faits, le législateur a consacré, aux termes de l'article 41*bis* du Code pénal, un mécanisme de conversion entre les peines privatives de liberté prévues à l'égard des unes et les peines d'amende applicables aux autres, tout en évitant que les personnes physiques puissent être punies plus sévèrement que des personnes morales.

1400 La Cour de cassation a ainsi considéré que « lorsque le juge prononce une peine d'amende inférieure au minimum légal du chef d'un délit déclaré établi et prononce, en outre, une peine de police, le délit pour lequel cette peine est infligée devient une contravention » (Cass., 5 juin 2012, *N.C.*, 2012, p. 316). La diminution de la peine résulte de l'application de l'article 163, alinéa 4 du Code d'instruction criminelle et non de l'admission de circonstances atténuantes (A. DE NAUW, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, n° 5, p. 405).

1401 A ce sujet, *cf.* notamment O. LEROUX, « Les sanctions pénales », *La responsabilité des personnes morales en Belgique, op. cit.*, p.165 et s.

1402 A cet égard, *cf.* notamment R. VERSTRAETEN et B. SPRIET, « De rechtspersoon en zijn geldboete »,), *Liber amicorum Jean du Jardin*, *op. cit.*, p. 321 et s.

1403 Développements précédant la proposition de loi du 23 décembre 1998 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, déposée par M. VANDENBERGHE et crts., *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1217/1, p. 7.

La Cour de cassation a précisé, qu'en l'absence de disposition légale spécifique, l'amende ne peut s'accompagner d'une peine subsidiaire telle l'emprisonnement ou la déchéance du droit de conduire[1404]. En revanche, le montant de l'amende doit être majoré des décimes additionnels[1405].

Selon la même logique, les peines de surveillance électronique, de travail et de probation autonome, à défaut d'être énumérées à l'article 7*bis*, ne peuvent être appliquées aux personnes morales.

La peine d'amende, prononcée à titre principal, peut également être accompagnée de peines accessoires.

Certaines peines accessoires prévues à l'égard des personnes physiques, comme l'interdiction de certains droits civils et politiques ou la destitution des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics, ont été considérées comme difficilement transposables aux personnes morales. En revanche, la *confiscation spéciale* est directement applicable en matière criminelle, correctionnelle et de police, sous la seule réserve que la *confiscation spéciale* prévue à l'article 42, 1°, prononcée à l'égard des personnes morales de droit public, ne peut porter que sur des biens civilement saisissables (art. 7*bis*, al. 2, 2°).

Les articles 35 à 37*bis* du Code pénal prévoient des peines accessoires spécifiques aux personnes morales en matière correctionnelle et criminelle (« Des peines communes aux crimes et aux délits applicables aux personnes morales »). Ainsi, la *publication* ou la *diffusion* de la décision aux frais du condamné (art. 7*bis*, al. 2, 4°), peut être prononcée par le juge dans les cas déterminés par la loi (art. 37*bis*) ; la dissolution, qui ne peut être prononcée à l'égard des personnes morales de droit public (art. 7*bis*, al. 2, 1°), peut être décidée par le juge si la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables pour lesquelles elle est condamnée ou si son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer de telles activités (art. 35, al. 1)[1406]; *l'interdiction* temporaire ou définitive d'exercer une activité relevant de l'objet social de la personne morale peut être prononcée dans les cas prévus par la loi (art. 36), sauf pour les activités qui relèvent d'une mission de service public (art. 7*bis*, al. 2, 2°) et, enfin, la *fermeture* temporaire ou définitive d'un ou plusieurs établissements peut également être prononcée dans les cas prévus par la loi (art. 37), mais ne peut porter sur des établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public (art. 7*bis*, al. 2, 3°).

L'article 41*bis*, § 2 du Code pénal précise que, pour la détermination de la peine, les dispositions du livre I[er] sont applicables.

Enfin, rappelons que la loi du 11 juillet 2018 a supprimé l'immunité pénale des entités de droit public. Désormais responsables pénalement, les entités de droit public énumérées à l'article 7*bis*, dernier alinéa du Code pénal, ne peuvent toutefois se voir infliger de peine et seule une simple déclaration de culpabilité peut être prononcée à leur égard.

1404 Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 387 ; Cass., 2 décembre 2008.

1405 Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018, p. 207.

1406 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE soulignent que la dissolution des personnes morales peut être assimilée à la peine de mort (*Manuel de droit pénal général*, 2[e] éd., *op. cit.*, p. 458).

Section 4. La mesure de la peine

Nous examinerons, dans cette section, les différentes circonstances qui sont légalement susceptibles de jouer un rôle dans la détermination de la peine[1407]. Celles-ci sont de nature différente et peuvent tantôt entraîner un allégement de la peine, tantôt une aggravation de celle-ci.

Au départ, avec le Code pénal classique de 1791, cette question ne se posait pas : les peines étaient fixes et le juge était réduit au rôle de « bouche de la loi ». Le juge n'était pas véritablement acteur dans le prononcé de la peine. Avec l'abandon dès 1810 de ce système de peines fixes au profit d'un système de peines flexibles, fondé sur un minimum et un maximum légal, liées au processus d'individualisation et de diversification de la peine, les choses changent : le juge acquiert un rôle d'acteur dans le processus pénal.

Le juge pénal a donc une certaine marge de liberté en ce qui concerne le choix de la peine dans le respect des cadres fixés par la loi pénale (choix dirigé). Mais son choix est aussi un choix contrôlé qui passe par une exigence de motivation de la peine, exigence d'ordre public prescrite à peine de nullité.

§ 1. La motivation de la peine

A. L'étendue de la motivation en matière correctionnelle

L'article 149 de la Constitution stipule que « tout jugement est motivé » et emporte une obligation générale de motivation qui prévaut en toutes matières.

La loi du 27 avril 1987[1408] (modifiant les articles 163 et 195 du Code d'instruction criminelle) impose une obligation spéciale de motivation en matière pénale, afin d'éviter toute forme d'arbitraire.

> « En imposant aux tribunaux correctionnels statuant en première instance et aux cours d'appel une motivation plus étendue et plus précise que celle qui suffisait auparavant, le législateur cherchait notamment à éviter le risque d'arbitraire, risque créé par l'individualisation et la diversification des peines, à faciliter l'exécution de celles-ci et à augmenter la cohérence dans l'application du droit »[1409].

1407 On ne confondra pas l'exigence de motivation portant sur la peine et celle portant sur le verdict de culpabilité. Pour plus de précisions sur la motivation du verdict de culpabilité ou d'innocence, voy., sur la motivation en matière correctionnelle, F. KUTY, « L'exigence de motivation en matière correctionnelle : un prévisible revirement de jurisprudence », *J.T.*, 2011, p. 661 à 664 et, sur la motivation en matière criminelle, *La réforme de la cour d'assises*, Ch. Guillain et A. Wustefeld (dir.), Limal, Anthemis, 2011.

1408 J. SACE, « La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 961 et s. ; Fr. CLOSE, « La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *J.L.M.B.*, 1987, p. 1405 et s.; P. HENRY, « Motivation de la nature et du taux des peines », *J.L.M.B.*, 1988, p. 643 et s.; L. DUPONT, « De motivering van de straftoemeting », note sous Cass., 6 novembre 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 505 et s.; D. HOLSTERS, « Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde? », *Liber amicorum Jean du Jardin*, *op. cit.*, 2001, p. 31 et s.; A. SMETRYNS, « De motiveringsverplichting van de strafrechter. Een algemene inleiding », *C.A.B.G.*, 2005/1; M. VAN DE KERCHOVE, « La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs », *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 1059 et s. ; P. MAFFEI, « La motivation des décisions judiciaires en matière répressive et son contrôle par la Cour de cassation de Belgique », *Rev. dr. pén. crim*., 2009, n^{os} 9-10, p. 889 et s.

1409 C.A., 14 juin 2000, n° 71/2000.

Elle énonce l'objet de la motivation ainsi que sa nature : « Le jugement indique, d'une manière qui peut être succincte mais doit être précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer. Il justifie, en outre, le degré de chacune des peines ou mesures prononcées » (art. 195, al. 2). Les lois du 24 décembre 1993 et du 20 juillet 2005 ont complété cette disposition en ajoutant : « Lorsqu'il condamne à une peine d'amende, il tient compte, pour la détermination de son montant, des éléments invoqués par le prévenu eu égard à sa situation sociale ». Le juge peut prononcer une peine d'amende inférieure au minimum légal si le contrevenant soumet un document quelconque qui apporte la preuve de sa situation précaire[1410]. La loi s'applique aux différentes peines principales, accessoires et subsidiaires (peines privatives de liberté, amendes, interdiction de certains droits, confiscation [1411] …) [1412] ainsi qu'aux mesures. L'obligation ne s'étend toutefois pas aux tribunaux de police, sauf lorsque le jugement prononce la déchéance du droit de conduire un véhicule, un aéronef et une monture (art. 163, al. 2 C.I.cr.). Cette exclusion n'a pas été justifiée discriminatoire par la Cour d'arbitrage :

> « La dérogation de l'obligation spéciale de motivation des peines de police « a été justifié par le 'peu de gravité des peines généralement prononcées' par les tribunaux de police, par le fait que 'les infractions poursuivies sont mieux connues des justiciables' et par le souci 'de ne pas entraver le règlement rapide des affaires de police »[1413].

La loi du 7 février 2003 a complété l'article 163 du Code d'instruction criminelle dans les mêmes termes que ceux de l'article 195 en ce qui concerne la situation sociale et financière du contrevenant.

Le cas échéant, le jugement de condamnation mentionne si la personne condamnée réunit les conditions déterminées à l'article 25, § 2, d) ou e), ou à l'article 26, § 2, d) ou e), de la loi du 17 mai 2006 (…) » (libération conditionnelle, mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou en vue de la remise). Si des éléments de la médiation, telle que prévue à l'article 555, § 1er du Code d'instruction criminelle, sont portés à la connaissance du juge, il en est fait mention dans le jugement et le juge peut en tenir compte et le mentionne, le cas échéant, dans le jugement. S'il prononce une peine privative de liberté effective ou l'internement, il doit en informer les parties de l'exécution de cette peine ou de cette mesure et des éventuelles modalités d'exécution de la peine ou de l'internement. Il doit informer la partie civile des possibilités d'être entendue dans le cadre de l'exécution de la peine ou de l'internement au sujet des conditions qui doivent être imposées dans l'intérêt de la partie civile.

Depuis la loi du 21 décembre 2017, le juge doit également indiquer s'il assortit la peine d'une période de sûreté (*supra*).

Par ailleurs, les lois instaurant les peines dites alternatives ont prévu que le juge qui refuse de prononcer une peine de surveillance électronique (art. 37*ter,* § 4, al. 2 C.P.), une peine de travail

---

1410 A cet égard, *cf.* notamment A. JACOBS, « L'adaptation de l'amende à la situation sociale du condamné (art. 195, al. 2 du Code d'instruction criminelle) », *op. cit.*, p. 267 et s.

1411 Cass., 2 octobre 2018, RG. n°P.18.276.N, disponible sur www.jurportal.be.

1412 Cass., 18 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 676, note ; Cass., 31 mars 1992, *Pas.*, I, p. 694 : est illégale la décision qui aggrave la peine d'emprisonnement subsidiaire prononcée par le premier juge sans en indiquer le moindre motif.

1413 C.A., 14 juin 2000, n° 71/2000.

(art. 37*quinquies*, § 3, al. 2 C.P.)[1414] ou une peine de probation autonome (art. 37*octies*, § 3, al. 2 C.P.) doit motiver sa décision.

> Cass., 4 février 2020: « Si une peine de travail, (...) est demandée et que le prévenu satisfait aux conditions fixées légalement, le juge peut motiver sa décision de rejet, soit en donnant des motifs spécifiques à cet effet, soit en prononçant contre le prévenu une ou plusieurs autres peines et en motivant le choix de cette ou ces peines et leur mesure conformément à l'article 195, deuxième alinéa du Code d'instruction criminelle. L'article 149 de la Constitution, les articles 37*quinquies*,§ 3 du Code pénal (...) n'obligent pas le juge à prononcer le refus d'une peine de travail (...) toujours de manière autonome avec un raisonnement autonome, ce qui ne vide pas l'obligation de motivation de son contenu étant donné qu'il est nécessaire mais suffisant que le prévenu sache pourquoi il a été condamné à une ou plusieurs peines et, par conséquent, également pourquoi il n'a pas été condamné à une peine de travail (...) »[1415].

La Cour de cassation a été saisie d'un moyen qui reprochait en substance à la cour d'appel de refuser de lui accorder une peine de probation autonome au motif que, malgré une condamnation définitive au civil prononcée par le juge d'instance, il n'avait pas indemnisé la victime avant que le parquet n'interjette appel, témoignant ainsi d'une absence de volonté d'amendement. La Cour de cassation considère que « aucune disposition n'interdit au juge, lorsqu'il apprécie l'opportunité d'appliquer une peine de probation, d'avoir égard à la manière dont le prévenu a entrepris de réparer le préjudice causé par l'infraction et dont le montant a été définitivement arbitré »[1416]. Franklin Kuty estime que « le refus de prononcer une peine alternative à l'emprisonnement n'est pas chose anodine. En subordonner l'octroi à l'exécution de la condamnation civile surprend car le choix de la peine adéquate est un sujet qui intéresse la société tout entière et non les seuls intérêts de la partie civile. Refuser au prévenu de résoudre les difficultés à l'origine de la commission de l'infraction (en l'espèce une difficulté à gérer sa violence) au motif qu'il n'exécute pas spontanément les dispositions civiles arrêtées en instance et devenues définitives laisse dubitatif »[1417].

Enfin, en vertu de l'article 3, alinéa 4 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, l'obligation de motiver concerne également la décision d'ordonner ou de ne pas ordonner la suspension du prononcé de la condamnation[1418]. En vertu de l'article 8, § 1er

---

1414 La Cour de cassation a, dans un premier temps, estimé qu'en motivant les peines qu'il prononce de préférence à la peine de travail, le juge motive régulièrement sa décision de ne pas prononcer celle-ci (Cass., 12 février 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 921, note anonyme, « La motivation du refus d'appliquer la peine de travail », et *J.L.M.B.*, 2003, p. 1310, obs. A. Jacobs. La Cour s'est montrée plus stricte par la suite en considérant que le refus d'octroyer une peine de travail « doit être motivé par des considérations distinctes de la motivation relative au choix et au degré de la peine prévue par l'article 195, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle » (Cass., 24 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 504, avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch).

1415 Cass. 4 février 2020, https://juportal.be/. Voy. Cass., 12 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1314, et note A. Jacobs.

1416 Cass., 10 novembre 2021, R.G. P.21.1051.F., https://juportal.be/.

1417 « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim*., 2022, p. 476.

1418 Cass., 29 septembre 1999, *Pas.*, I, p. 492. La Cour de cassation considère néanmoins que le juge qui motive la déchéance du droit de conduire eu égard à la gravité des faits, motive régulièrement le refus d'octroyer au prévenu la suspension du prononcé (Cass., 27 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 350, avec les conclusions contraires de l'avocat général D.Vandermeersch). De même, « le rejet d'une demande de suspension du prononcé de la condamnation formulée par le prévenu à titre subsidiaire et sans motif est régulièrement motivé et légalement justifié par la seule prononciation d'une peine qui, soit est elle-même motivée, soit ne l'est pas dans le cas où la loi en dispense le juge » (Cass., 2 mars 2011, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 914). Comme on peut le constater, la Cour

de la même loi, elle concerne aussi la décision ordonnant ou refusant le sursis et, le cas échéant, la probation.

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'omission par un juge d'avoir égard à des circonstances atténuantes de l'illégalité du comportement du prévenu vicie son raisonnement sur la culpabilité au point d'emporter une violation de l'article 6, § 1, de la Convention[1419].

B. Certaines résistances

Dans une série d'arrêts, la Cour de cassation a balisé l'étendue du terrain de la motivation de la peine. Ainsi, outre que la motivation de la peine peut être concise[1420], la Cour a décidé que le juge n'est pas tenu par l'obligation de motivation spéciale lorsqu'il a choisi la solution la plus avantageuse pour le prévenu.

> « Le juge qui ne condamne le prévenu qu'à une amende du chef d'une infraction punie d'un emprisonnement et/ou d'une amende ne doit pas préciser les raisons du choix de cette peine »[1421].

Il en va de même pour le juge qui condamne à une peine d'amende en tenant compte, pour la fixation de son montant, des éléments invoqués par le prévenu eu égard à sa situation sociale[1422] ou si le juge inflige une sanction qu'il était tenu de prononcer[1423]. Ainsi, la cour d'assises qui condamne l'accusé à la réclusion à perpétuité ne doit pas motiver les peines accessoires accompagnant obligatoirement cette condamnation[1424]. Il ne doit pas non plus motiver les peines qu'il s'abstient d'infliger.

> « L'obligation spéciale d'indiquer les raisons du choix de la peine parmi celles que la loi permet de prononcer n'est imposée au juge qu'à l'égard des peines qu'il choisit de prononcer, et ne concerne pas celles qu'il s'abstient d'infliger »[1425].

---

ne tient pas le même raisonnement que pour la peine de travail et se montre moins exigeante quant à l'obligation spéciale de motivation pour la suspension du prononcé. Un arrêt plus récent semble toutefois changer la donne en décidant qu'en se référant uniquement à la nature et à la gravité des faits, le juge ne répond pas à l'obligation spéciale de motivation en cas de refus d'octroyer une suspension du prononcé sollicitée par le prévenu, Cass., 8 novembre 2016, *Pas*., 2016, n° 268. Dans un arrêt du 9 juin 2021 (R.G. P.21.0028.F), la Cour semble marquer un recul par rapport à sa jurisprudence de 2016, en considérant que les juges d'appel ont donné à connaître les raisons qui les ont amenées à rejeter la demande de suspension en ayant renvoyé à la nature et à la gravité des faits établis. Mais dans un arrêt du 14 septembre 2021, la Cour indique que bien que le juge puisse se conformer à cette obligation spéciale de motivation en indiquant précisément les raisons pour lesquelles il impose une peine effective, il doit néanmoins ressortir de ses motifs qu'il a eu égard aux raisons invoquées par le prévenu à l'appui de sa demande d'une mesure de suspension de la condamnation ou de sursis à l'exécution des peines (Cass., 14 septembre 2021, *T. Straf*., 2021, p. 386). Voyez encore Cass., 4 février 2020, *N.C*., 2021, p. 154.

1419 Cour eur. D.H., arrêt *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*, 25 février 2020.

1420 Cass., 25 janvier 2022, P.21.1270.N. https://juportal.be/.

1421 Cass., 6 novembre 1990, *R.W.*, 1990-1991, pp. 1200 et s., note M. De Swaef ; Cass., 19 octobre 2005.

1422 Cass., 12 septembre 2017, *N.C*., 218, p. 394 et note L. Claes.

1423 Cass., 19 octobre 2005.

1424 Cass., 6 mai 2009, *Rev. dr. pén*., 2009, p. 945.

1425 Cass., 18 mars 1998, *Rev. dr. pén.,* 1998, p. 914 ; Cass., 21 octobre 2008, qui fait application de ce principe à une décision rendue en degré d'appel: « Aucune disposition légale ne prescrit que le juge d'appel est tenu de motiver de manière distincte, hormis la motivation de la peine qu'il prononce, la raison pour laquelle la peine infligée par le premier juge est insuffisante ». Par ailleurs, en cas d'aggravation de la peine par la juridiction d'appel,

Le juge n'est pas tenu à des motifs distincts dès lors que les raisons qu'il donne justifient à la fois le choix de la peine et le degré de celle-ci[1426].

Les résistances que la motivation des peines, qui est un principe général de droit, a historiquement suscitées, montrent l'ambivalence de cette exigence[1427]. Si elle assure la transparence de la justice pénale, elle révèle aussi ses mystères ; si elle peut accroître la confiance, elle peut aussi semer le doute. La mise en œuvre de la loi du 27 avril 1987, qui a suscité une jurisprudence abondante, permet de dresser le tableau suivant[1428]. Ont notamment été considérés comme conformes aux exigences de la loi les motifs qui se réfèrent à la gravité des faits[1429], aux antécédents judiciaires[1430], à la personnalité du prévenu[1431] et à son comportement[1432], ainsi qu'à ses chances d'amendement[1433]. En revanche, ont été considérées comme *contraires* à la loi les motivations générales qui s'apparentent à de simples formules[1434] ou à des pétitions de principe[1435], celles qui se réfèrent à la manière dont le prévenu a entendu soutenir son innocence ou exercer sa défense[1436], celles qui se réfèrent à des faits pour lesquels le prévenu n'était pas poursuivi[1437], celles qui font référence à une condamnation définitive effacée[1438] ou celles qui invoquent la gravité de l'infraction sans indiquer les circonstances de celle-ci[1439].

---

la Cour de cassation a décidé que la décision devait, en vertu de l'article 211*bis* du Code d'instruction criminelle, être prise à l'unanimité de ses membres (Cass., 11 juin 2008).

1426 Cass., 10 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 640.

1427 Comme le souligne Fr. CLOSE, le juge ne doit pas « donner les motifs de ses motifs », c'est-à-dire donner la raison pour laquelle sa décision n'a pas été autre (« La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *J.L.M.B.*, 1987, p. 1408). Voy. Cass., 10 février 1988, *Pas.*, I, p. 687 : « si le choix n'existe pas, notamment lorsque, en application de la loi, la peine est nécessairement l'emprisonnement, le juge qui la prononce n'est pas tenu d'en indiquer les raisons ».

1428 Voy. l'analyse des premières décisions de la Cour de cassation: H.-D. BOSLY, F. GORLE et Ph. QUARRE, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. Pén.,* 1989, p. 1118 et 1119 ; 1990, p. 1091 et 1092 ; J. SPREUTELS, « Le contrôle de la motivation de la sanction pénale », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 901 et S. ; J. DE CODT, « La mesure de la peine », *IDj*, 1994, p. 335 et s.; J.-L. DENIS, « La motivation des peines », *Rev. dr. Pén.*, 1997, p. 1023 et s. Pour la jurisprudence plus récente, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs », *op. cit.*, p. 1055 et s.

1429 Cass., 10 février 1988, *Rev. dr. pén.*., 1988, p. 693 ; Cass., 2 mars 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 702 ; Cass., 4 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 474 ; Cass., 1er mars 1989, *Rev. dr. pén.,* 1989, p. 679 ; Cass., 27 novembre 1996, *Dr. circ.*, 1997, p. 223 ; Cass., 23 juin 1999 ; Cass., 8 juin 2005.

1430 Cass., 4 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 476.

1431 Cass., 14 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 421 ; Cass., 10 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 500 ; Cass., 21 février 1989, *Pas.*, I, p. 627 ; Cass., 16 juin 2004 ; Cass., 7 octobre 2020, *J.L.M.B*., 2020, p. 1781.

1432 Cass., 5 octobre 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 103.

1433 Cass., 4 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 476 ; Cass., 19 mai 1999, *J.T.*, 1999, p. 645.

1434 Cass., 2 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 10 ; Cass., 14 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 290 ; Cass., 27 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p.1375.

1435 Cass., 22 janvier 1992, *Pas.*, I, p. 441.

1436 Cass., 6 mars 1990, *Pas.*, I, p. 796 ; Cass., 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 667, obs. F. KUTY; Cass., 24 février 1999, *Pas.*, I, p. 112; Cass., 24 février 1999, *Pas.*, I, p. 113.

1437 Cass., 7 mai 1996, *J.T.*, 1997, p. 132.

1438 Cass., 23 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 51.

1439 Cass., 5 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 697 et 1302 ; Cass., 7 mai 1997 ; Cass., 27 février 2002.

Dans l'état actuel du droit, le législateur ne donne pas d'indication au juge sur la manière de choisir la peine parmi celles que la loi prévoit pour l'infraction[1440].

Dans son Rapport final remis en mai 2003, la Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine (ou Commission Holsters), a dressé le double constat que « les critères sur lesquels les juges basent leur décision sont extrêmement variés » et que l'objectif consistant à « promouvoir l'utilisation des peines alternatives à l'enfermement... n'a pas été atteint »[1441]. La Commission propose dès lors un « renforcement de l'obligation de motivation du juge » consistant à imposer à celle-ci de tenir compte des critères suivants : « les fonctions de la peine ; la personnalité de l'auteur des faits ; la gravité de l'infraction ; les réparations déjà effectuées ; les mesures ou décisions déjà subies dans le cadre de l'infraction ; les efforts déjà fournis en matière d'insertion sociale »[1442]. Comme nous l'avons vu *supra*, dans le cadre des fonctions attribuées aux peines, l'Avant-projet de Code pénal (2016) attribue plusieurs objectifs à la peine[1443]. L'avant-projet reste cependant silencieux sur l'obligation qui pèse sur le juge de motiver la peine en regard des objectifs énoncés, conformément aux articles 163 et 195 du Code d'instruction criminelle.

§ 2. Les circonstances aggravantes

Les circonstances aggravantes sont des circonstances prévues par la loi qui s'ajoutent à une infraction prévue à l'état simple et qui en aggravent la peine. Les circonstances aggravantes traduisent donc un jugement de gravité formulé par le législateur. On distingue donc « l'infraction simple ou de base », de « l'infraction qualifiée », qui est l'infraction principale aggravée par la survenance d'une circonstance aggravante.

Les circonstances aggravantes sont envisagées comme des éléments accidentels de l'infraction, et non pas comme des éléments constitutifs. Si elles ne se réalisent pas, l'infraction subsiste, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un élément constitutif.

La distinction est parfois malaisée à établir, dans la mesure où une même circonstance peut, dans certains cas, être aggravante, et dans d'autres, être un élément constitutif d'une infraction, voire une infraction autonome. Par exemple, la violence peut être une circonstance aggravante du vol (article 468 C.P.), un élément constitutif de l'extorsion (article 470 C.P.) ou même un délit en soi : les coups ou blessures volontaires (article 398 C.P.). Autre exemple, le meurtre qui constitue une infraction autonome à l'article 393 du Code pénal, et une circonstance aggravante à l'article 475 du Code pénal, dans le cadre du meurtre pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité[1444].

1440 L'article 145 de l'*Avant-projet de Code pénal*, qui contient des recommandations en matière de pénalité, entendait combler cette lacune (*op. cit.*, p. 47 et exposé des motifs, p. 164). La Commission pour la révision du Code pénal s'était aussi engagée dans cette voie (*Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, p. 70).

1441 Commission tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, *op. cit.*, 2e partie, p. 43.

1442 Commission tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, *op. cit.*, 2e partie, p. 44.

1443 Voy. *supra*, Section 3. Les fonctions des peines, § 5. L'avant-projet de Code pénal.

1444 P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit*., p. 432, n° 2786.

A. Caractéristiques

Les circonstances aggravantes affectent, de manière générale, *l'infraction* elle-même et non, comme en matière de récidive, l'auteur de celle-ci.

Par ailleurs, les circonstances aggravantes sont *légales*. Elles n'existent donc pas en dehors d'un texte qui les prévoit. Mais, si elles figurent dans la loi, elles sont obligatoires et elles doivent être invoquées d'office par le juge[1445], même pour la première fois en degré d'appel[1446]. Rien n'empêche dès lors qu'une même infraction soit affectée de plusieurs circonstances aggravantes si la loi le prévoit (art. 472, al. 1 C.P. : vol qualifié commis à l'aide de deux des circonstances mentionnées à l'article 471).

Enfin, *l'aggravation* de la peine n'est pas uniquement un effet, mais un élément légalement constitutif de la circonstance aggravante. Ainsi, l'infanticide n'est pas une circonstance aggravante du meurtre ou de l'assassinat puisqu'il est puni de la même manière (art. 396 C.P.). Il en résulte que les circonstances aggravantes ne sont pas incompatibles avec la récidive, les excuses ou les circonstances atténuantes, ces dernières permettant de diminuer voire de neutraliser l'augmentation de la peine découlant de la circonstance aggravante.

B. Répartition

Il n'y a pas dans le Code pénal ni dans les lois particulières un système général de cause d'aggravation, fondé par exemple sur l'âge de la victime ou sur le résultat, mais seulement des circonstances aggravantes prévues dans des infractions ou dans des groupes d'infractions déterminées. Nous ne trouvons donc pas de dispositions sur cette matière dans le livre Ier du Code pénal, il n'y a dès lors pas d'application de l'article 100 du Code pénal. Cela étant, la technique des circonstances aggravantes est très largement utilisée dans le droit pénal spécial où l'on en rencontre un nombre considérable.

Certaines infractions comme les atteintes à l'intégrité sexuelle (art. 417/7 et 417/12 à 417/22 C.P.) ou le viol (art. 417/11 et 417/12 à 417/22 C.P.)[1447], les coups ou blessures volontaires (art. 398 et s. C.P.) ou le vol avec ou sans violences (art. 461 et s. C.P.) s'articulent presque entièrement autour des circonstances aggravantes, l'infraction de base n'étant plus que le prétexte. Ainsi, le caractère raciste ou xénophobe de même que le mobile homophobe ou discriminatoire est érigé en circonstance aggravante de toutes les infractions d'homicide et de lésions corporelles volontaires (art. 405*quater* C.P.)[1448]. Il en va de même de la situation de vulnérabilité de la victime (en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale) qui constitue une circonstance aggravante de nombreuses infractions.

Les circonstances aggravantes sont traditionnellement regroupées selon leur caractère personnel ou réel.

1445 *Ibid.*, p. 437, n° 2810.

1446 Cass., 22 juillet 1950, *Pas.*, I, p. 167, note R.H.

1447 A. KARCHER et O. BASTYNS, « L'atteinte à l'intégrité sexuelle et le viol » *in* A. Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 109-142.

1448 Voy. O. NERDERLANDT, « La loi du 14 janvier 2013 modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes – L'aggravation de la répression de la violence homophobe comme pédagogie de la tolérance ? », *J.T.*, 2013, p. 189 et s.

Les circonstances aggravantes *personnelles* ou *subjectives* concernent l'agent ou les relations entre l'auteur ou la victime. Ainsi, l'auteur est une circonstance aggravante dans l'aide à l'évasion de détenus (art. 336 et 337 C.P.), dans le parricide (art. 395 et 410 C.P.), en matière de lésions corporelles volontaires commis envers son époux (art. 410, al. 2 C.P.), dans la violation du secret des lettres (art. 460 C.P.), dans le vol commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions (art. 471 C.P.).

Les circonstances aggravantes *réelles* ou *objectives* concernent les faits ou la qualité de la victime (son âge, sa vulnérabilité…). Elles peuvent porter sur les procédés de l'infraction (art. 467 C.P. : le vol commis à l'aide d'effraction), sur les modalités de celle-ci (art. 121 C.P.: en état de siège, art. 472 C.P. : l'usage d'un véhicule volé) ou sur les conséquences (art. 347*bis* C.P. : la prise d'otage qui a causé la mort). En matière de lésions corporelles volontaires, le résultat des coups et des blessures (art. 399 à 401 C.P. : une incapacité temporaire, permanente ou la mort) constitue la mesure de l'incrimination, avec toutes les difficultés qui résultent de ce choix qui réserve une large part à l'effet du hasard[1449].

Dans la majorité des infractions qui assurent la protection pénale des mineurs, l'âge et parfois le sexe de l'enfant ou son état de besoin constituent des circonstances aggravantes réelles (art. 417/12 et s.). De même, le fait pour la victime d'occuper un poste la mettant en contact avec le public (conducteur d'un réseau de transport public, agent pénitentiaire, facteur, pompier, ambulancier, enseignant, ...) constitue une circonstance aggravante de l'homicide et des coups et blessures volontaires si le coupable a commis l'infraction alors que la victime exerçait ses fonctions (art. 410*bis* C.P.)[1450]. La préméditation est une forme particulière d'intention, un dessein réfléchi (« méditer à l'avance ») que le Code pénal érige en circonstance aggravante dans presque toutes les infractions de sang (art. 392 et s. C.P.).

La distinction entre les circonstances aggravantes subjectives (personnelles) et objectives (réelles) est utilisée pour déterminer la manière dont celles-ci se communiquent aux coauteurs et aux complices dans le cadre de la participation criminelle[1451]. Dans cette perspective, la question de savoir si un élément prévu par la loi est un élément constitutif d'une infraction ou une circonstance aggravante revêt un enjeu particulier. Ainsi, en ce qui concerne le meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité (art. 475 C.P.) : si le meurtre constitue une circonstance aggravante[1452], qui s'applique non seulement lorsqu'il y a vol consommé mais

---

1449 Fr. TULKENS, « Acteur social et création de la loi. Les coups et blessures volontaires : approche historique et critique », *Panopticon*, 1990, pp. 328 et s. Dans le Code pénal de 1791, le législateur avait « tarifé » les parties du corps humain : trois années de détention pour une jambe cassée, quatre années pour la perte de l'usage d'un œil, etc.

1450 Voy. N. BLAISE, « L'article 410*bis* du Code pénal respecte-t-il les droits fondamentaux ? », *J.D.J.,* 2009, n° 289, p. 12 et s. Voy. aussi, l'article 410*ter* concernant les arbitres de manifestation sportive.

1451 *Cf. supra*, Chapitre III. L'auteur de l'infraction, Section 3. La participation criminelle, § 5. La répression de la participation criminelle, B. Les circonstances aggravantes.

1452 Cass., 28 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 401.

encore tentative de vol[1453] ; pour d'autres, le meurtre constitue un élément constitutif de l'infraction[1454].

C. Effets

De manière générale, les circonstances aggravantes entraînent une aggravation de la peine. Si, dans la majorité des cas, c'est le seuil maximum de la peine qui est augmenté, le législateur a parfois rehaussé le seuil minimum. Ainsi, l'article 417/4 du Code pénal stipule que le minimum de l'emprisonnement est doublé si le traitement dégradant est commis envers une personne dont la situation de vulnérabilité en raison de l'âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience mentale ou physique, était apparente ou connue de l'auteur des faits ou, encore l'article 463 du Code pénal prévoyant une peine minimale de 3 mois d'emprisonnement et de cinquante euros d'amende si le vol a été commis au préjudice d'une personne présentant l'une de ces mêmes situations de vulnérabilité également apparente ou connue de l'auteur.

Les circonstances aggravantes peuvent également déterminer un changement de qualification de l'infraction (art. 397 du Code pénal : le meurtre commis par le moyen de substances qui peuvent donner la mort devient un empoisonnement ; art. 137 du Code pénal : les infractions énumérées, accompagnées des circonstances visées, deviennent des infractions terroristes). Elles peuvent aussi déterminer une transformation du caractère de l'infraction (art. 467 C.P. : le délit de vol se transforme en crime s'il a été commis avec effraction) ou de son objet (art. 123*ter* C.P.: le but de lucre réduit l'infraction politique à l'infraction de droit commun dans les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat), avec les conséquences procédurales qui en découlent.

§ 3. Les facteurs/éléments aggravants

À l'occasion de la réforme du droit pénal sexuel[1455], le législateur a décidé de créer un nouveau critère, dénommé « facteurs aggravants », permettant de rendre la peine plus élevée que celle prévue à l'infraction de base. Ce nouveau terme juridique a été proposé par la Commission de réforme du droit pénal qui distingue « circonstances aggravantes » et « éléments aggravants ».

Le Code pénal n'ayant pas encore intégré ce concept de « facteurs aggravants » ou d'« éléments aggravants », le législateur a dès lors défini cet élément à l'alinéa 1er de l'article 417/23 du Code pénal. Cet article dispose que « lors du choix de la peine ou de la mesure et de la sévérité de celle-ci, pour des faits constitutifs d'actes à caractère sexuel non consentis, le juge tient plus particulièrement compte » de plusieurs situations comme l'hypothèse où l'infraction a été commise par une personne investie d'une fonction publique dans le cadre de l'exercice de ladite

---

1453 Corr. Bruxelles, 15 avril 1991 ; Bruxelles, 16 mars 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 790 et s. ; Cass., 24 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 87, note ; *J.L.M.B.*, 1993, p. 27 ; *Pas.*, I, p. 954, concl. Av. gén. Janssens de Bisthoven ; *contra* : A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 1re éd., *op. cit.*, p. 326 et 327, n° 693 et les références citées: le meurtre ne peut être considéré comme circonstance aggravante que dans le cas où le vol a été consommé et non dans celui où il n'y a que tentative de vol, dans la mesure où l'article 476 du Code pénal qui prévoit un régime spécial « lorsque le vol aura été empêché par des circonstances indépendantes de la volonté des coupables » ne fait référence qu'aux articles 473 et 474 et non à l'article 475.

1454 J. VERHAEGEN, « Meurtre pour faciliter le vol », *Rev. dr. pén. crim.*, 1975, p. 785 et s.; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 60.

1455 Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *M.B.*, 30 mars 2022.

fonction ou si l'infraction a été commise par un médecin ou un autre professionnel de la santé dans l'exercice de sa fonction.

Le législateur a choisi de transformer certaines anciennes circonstances aggravantes reprises aux anciens articles 377, alinéa 1er et 377*ter* du Code pénal en facteurs aggravants.

Le Conseil d'État, amené à donner un avis sur la réforme du droit sexuel et dès lors sur l'article 417/23, a relevé que « la portée de cette disposition manque de clarté »[1456]. Il ressort de cet article 417/23 qu'avant de déterminer les éléments de personnalité permettant d'apprécier souverainement la sanction dans l'échelle des peines prévue par loi, le juge doit d'abord vérifier l'existence de facteurs aggravants. Dans l'affirmative, il doit en tenir compte dans l'appréciation de la peine qu'il déterminera et dès lors poser une motivation spécifique permettant de vérifier l'application de l'article 417/23 qui comprend une obligation pour le magistrat. Ce dernier ne peut donc condamner au minimum de la peine dans l'hypothèse où il aurait retenu un facteur aggravant[1457].

§ 4. Le concours d'infractions

Le concours d'infractions est la situation où un individu doit répondre de plusieurs infractions dont aucune n'a encore fait l'objet d'un jugement définitif.

Une situation de concours pourra être constatée, tant par un seul tribunal, saisi des différentes infractions, que par des juridictions différentes, saisies chacune successivement ou concomitamment, d'une partie de ces infractions[1458].

Alors que l'état de récidive entraîne un renforcement de la peine, la situation de concours a pour effet, partiellement tout au moins, de la *réduire* ou de la *limiter*. C'est, comme nous l'avons vu, la condamnation qui fait la différence.

> « La récidive vise la situation de l'individu qui, après avoir été condamné pénalement (existence d'antécédent judiciaire) commet une nouvelle infraction (...) ; le délit collectif vise, quant à lui, la situation de celui qui commet plusieurs infractions (...) dont aucune n'a fait l'objet d'une condamnation devenue définitive »[1459].

Il s'agit d'un choix critiqué notamment par PRINS qui estime que le législateur a « construit une théorie hérissée de difficultés qu'il eût évitées en faisant du concours d'infraction une espèce de circonstance aggravante »[1460]. Il est vrai que le système du Code pénal[1461] est un compromis,

---

1456 Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal secuel, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2020-201, n° 55, 2141/001, p. 140.

1457 Voir en ce sens A. KARCHER et O. BASTYNS, *op cit.*, p. 136.

1458 D. DE BECO, « Concours d'infractions », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2017, p. 11.

1459 Cass., 13 février 2002.

1460 A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op. cit.*, p. 317, n° 527, et p. 328 et 329, n° 547*bis*: « Les juges ont à se livrer à des calculs compliqués, à des supputations qui constituent de véritables chinoiseries. Et cette arithmétique bizarre n'a aucune utilité ; elle ne répond en rien aux intérêts bien entendus de la défense sociale ; elle n'oppose pas un obstacle quelconque à la criminalité. Il serait beaucoup plus naturel de faire du concours des infractions une circonstance aggravante ».

1461 Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, *op. cit.*, p. 111-125.

marqué par le souci de ne pas additionner purement et simplement les peines prononcées pour chaque infraction sans toutefois adopter la peine unique dans tous les cas[1462].

Les articles 58 à 65 du Code pénal permettent de distinguer deux formes de concours que nous analyserons successivement : le concours matériel et le concours idéal.
Par application de l'article 100 du Code pénal, ces dispositions s'appliquent aux lois et règlements particuliers, sauf si ceux-ci y dérogent. Comme en matière de récidive, il peut exister une situation de concours entre une infraction prévue par le Code pénal et une infraction prévue par une loi particulière[1463].

A. Le concours matériel

L'hypothèse du concours matériel est celle où un individu commet plusieurs infractions *distinctes* qui n'ont aucun lien particulier entre elles. C'est la situation de la multi-délinquance à l'état simple dont la seule caractéristique, en l'espèce, réside dans le fait qu'il n'y a pas encore eu de condamnation définitive pour l'une des infractions au moment où les autres sont commises (même si des poursuites sont déjà engagées).

> « Il y a concours matériel d'infractions au sens dudit article lorsque, par des actes successifs, le délinquant se rend coupable de plusieurs infractions sans avoir été condamné définitivement pour l'une d'elles au moment où il a perpétré les autres. L'article 60 du Code pénal s'applique non seulement lorsque les infractions concurrentes sont déférées simultanément aux juges mais aussi lorsqu'elles le sont successivement, soit au même tribunal soit à des tribunaux distincts »[1464].

Le concours matériel d'infractions est consacré aux articles 58 à 64 du Code pénal qui adopte un régime mixte qui est tantôt le cumul indéfini ou absolu, tantôt le cumul restreint ou limité, tantôt encore l'absorption.

Pour les *contraventions*, il y aura en principe cumul absolu (art. 58).

La Cour constitutionnelle a considéré que le cumul illimité de peines en cas de concours matériel de contraventions ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution :

> « Il résulte du texte et des travaux préparatoires du Code pénal que le législateur n'a dérogé au principe du cumul que dans les cas où son application doit être tempérée par des considérations d'humanité. Le législateur a expressément considéré que tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un concours de contraventions, vu le caractère peu infamant des peines de police »[1465].

1462 Voy. la discussion sur ce point, par rapport notamment aux propositions de CHAUVEAU et HELIE qui vont jusqu'au bout de la logique de la *théorie de l'avertissement* qui justifie les règles du concours: « Si le coupable avait été saisi après son premier crime, s'il avait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation, peut-être n'eut-il pas commis les crimes auxquels il a été entraîné; l'inaction de la justice a en quelque sorte atténué ses fautes! », *ibid.*, p. 120, n° 274.

1463 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Novelles, Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol. 2, 1962, n° 3328.

1464 Cass., 25 avril 2012.

1465 C.C., 20 novembre 2001, arrêt n° 149/2001.

Cependant, lorsque des peines de travail, des peines de surveillance électronique ou des peines de probation sont prononcées, leur durée cumulée ne peut dépasser respectivement trois cents heures, un an et deux ans (art. 58, al. 2). Comme en matière de récidive, la situation de concours ne modifie dès lors pas les plafonds maxima des peines dites alternatives. Par ailleurs, si les contraventions entrent en concours avec des délits, une limite sera fixée, celle qui est prévue en matière correctionnelle (art. 59).

En ce qui concerne les délits, le cumul est avec plafond, en ce sens que les peines cumulées ne peuvent excéder le *double* du maximum de la peine la plus forte et en aucun cas vingt années d'emprisonnement (art. 60)[1466].

La cour d'appel de Bruxelles a rappelé que « les règles qui gouvernent le concours matériel d'infractions s'appliquent que ces infractions soient jugées simultanément ou successivement par la même juridiction ou par des juridictions distinctes. La récidive ne permet pas au juge de transgresser les limites assignées au cumul par ledit article 60. Partant, le prévenu qui a déjà été condamné à des peines totalisant dix-neuf années de prison pour des infractions en concours matériel avec celles dont il a à répondre ne peut être condamné, pour ces dernières, à une peine excédant un an d'emprisonnement ».[1467]

Toujours concernant les délits, le cumul ne peut pas non plus excéder une année de peine de surveillance électronique ou deux ans de peine de probation autonome ou trois cents heures de peine de travail.

> Cass., 10 avril 2019 : « Il ressort de l'article 60 du Code pénal qu'en cas de concours de plusieurs délits, la peine cumulée ne peut excéder trois cents heures de peine de travail ».

La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait condamné un prévenu à une peine de probation autonome de deux ans alors que le tribunal de Liège l'avait condamné auparavant à une peine de probation autonome d'une durée d'un an, et que les infractions formaient entre elles un concours matériel[1468].

Relevons que la loi du 5 février 2016, dite pot-pourri II, avait introduit un alinéa 2, afin de prévoir que le concours de délits ne puisse emporter, soit une peine supérieure à vingt ans d'emprisonnement, soit la peine d'emprisonnement la plus forte si celle-ci est supérieure à vingt années d'emprisonnement. Cet alinéa a néanmoins été supprimé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017. Comme en cas de concours de contraventions, les maxima des peines dites alternatives ne peuvent pas être augmentés.

La loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale a supprimé l'article 61 du Code pénal[1469]. Cet article prévoyait que lorsqu'un crime concoure avec un délit ou une contravention, la peine du crime était seule prononcée, par application de la règle de l'absorption. Peu importe que les infractions concurrentes aient été déférées simultanément ou successivement aux juges, au même tribunal ou à des tribunaux distincts.

1466 Le juge qui, en cas de concours de plusieurs délits, cumule les peines, n'est pas tenu de faire mention de l'article 60 du Code pénal (Cass., 15 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 52).

1467 Bruxelles (16e ch.) 27 octobre 2021, *J.L.M.B.*, 2021, n° 41, p. 1866 et note S. BERBUTO et A. MOREAU.

1468 Cass. (2e ch.) RG P.20.1252.F, 20 janvier 2021, *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 1059, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

1469 Les articles 34*quater* et 82 du Code pénal ont été adaptés en conséquence afin de ne plus se référer à l'article 61 du Code pénal.

L'abrogation[1470] fait suite à un avis du Collège des procureurs généraux, émis le 20 juin 2018, dans le cadre des auditions que la commission de la Justice de la Chambre a organisées à propos de la cour d'assises. Le Collège avait relevé les effets indésirables résultant de l'application de l'article 61 du Code pénal en cas de poursuites distinctes d'un crime et de délits ou de contraventions entre lesquels existe une situation de concours : « toutes les décisions correctionnelles et/ ou de police définitives intervenues entre la date de la commission des faits criminels et la date de l'arrêt de la cour d'assises font l'objet d'un rapport en grâce d'office en vue d'absorption, c'est-à-dire d'une remise de peine par arrêté royal »[1471]. Cette situation visait donc le cas où un juge de police ou un juge correctionnel doit connaître d'une contravention ou d'un délit, après la commission, mais avant le jugement d'un crime. Les peines d'emprisonnement prononcées antérieurement au verdict de la cour d'assises étaient ainsi absorbées par le prononcé d'une peine de réclusion de sorte qu'un accusé, qui commettait des faits entre son renvoi en cour d'assises et l'arrêt de cette dernière, ne voyait pas sa situation aggravée, alors que les peines d'emprisonnement peuvent être de plus longue durée que la peine de réclusion.

Aucune indication ne peut être trouvée dans les travaux parlementaires quant aux conséquences de cette abrogation. Il en résulte que la personne poursuivie devant la cour d'assises suite à la commission d'un crime qui n'a pas été correctionnalisé pourra être condamnée de manière distincte pour les contraventions et délits commis après son renvoi devant la cour d'assises (ou avant, mais non encore définitivement jugés). Les peines ainsi prononcées en matière de police et en matière correctionnelle seront purement et simplement cumulées, sans aucune limite, avec la peine criminelle, ce qui entraîne inévitablement un durcissement de la répression.

À défaut d'avoir modifié l'article 62 du Code pénal, l'abrogation de l'article 61 du Code pénal entraîne une situation pour le moins paradoxale. En effet, en cas de concours de plusieurs crimes, l'article 62 du Code impose au juge de n'appliquer qu'une seule peine, la plus forte, éventuellement majorée d'un plafond de cinq ans de réclusion. Il en résulte que la personne poursuivie pour la commission de plusieurs crimes, qui n'ont pas encore été définitivement jugés, risque d'encourir une peine moins sévère que celui qui a commis un seul crime, mais qui voit, suite à l'abrogation de l'article 61 du CP, sa peine criminelle cumulée avec celles encourues pour les contraventions ou délits qu'il a commis entretemps. Afin d'éviter toute discrimination, il faut dès lors veiller à ce que le total des peines correctionnelles, cumulées avec la peine criminelle, n'excède pas l'augmentation de cinq ans prévue à l'article 62 du Code pénal.

En cas de concours de *plusieurs crimes*, « la peine la plus forte sera seule prononcée »; elle pourra même être élevée de cinq ans au-dessus du maximum si elle consiste dans la réclusion à temps ou la détention de quinze à vingt ans, de dix à quinze ans ou de cinq à dix ans (art. 62)[1472].

1470 L'abrogation a également été proposée par la proposition de loi portant réforme de la procédure d'assises et modification de diverses dispositions relatives au droit pénal et à la procédure pénale, *Doc.*, Ch., 2018-2019, 54-3329/1, p. 4.

1471 La problématique de la cour d'assises, Rapport relatif aux auditions fait au nom de la commission de la Justice, 23 avril 2019 *Doc.*, Ch., 2018-2019, 54-3720/1, p. 95.

1472Il en résulte qu'une peine supérieure à vingt-cinq ans de réclusion ne peut être appliquée (Cass., 13 juin 2000, *T. Strafr.*, 2000, note M. Rozie).

Selon l'article 63 du Code pénal, « la peine la plus forte est celle dont la durée est la plus longue. Si les peines sont de même durée, la réclusion à temps est considérée comme plus forte que la détention à temps »[1473]. Il a été jugé que la peine la plus forte est celle dont la durée est la plus longue, sans avoir égard à l'amende qui est toujours considérée par la loi comme une peine moins forte que l'emprisonnement[1474]. L'amende la plus forte est celle dont le maximum est le plus élevé[1475], indépendamment de son caractère obligatoire. Il convient dès lors d'avoir égard, en premier lieu, au maximum de la peine principale avant de se tourner vers le maximum de la peine accessoire d'amende, indépendamment du minimum de la peine d'emprisonnement. Si les maxima de la peine d'amende sont identiques, il faut alors se tourner vers le minimum de la peine d'emprisonnement[1476].

> « Lorsque deux peines consistent en un emprisonnement dont le maximum est le même et en une amende dont l'une est obligatoire et l'autre facultative, cette dernière peine est néanmoins la plus forte si son maximum est plus élevé que celui de l'autre »[1477].

En cas de correctionnalisation de crimes, on applique normalement les règles relatives au concours de délits, à savoir le cumul limité de peines[1478]. Néanmoins, l'article 82 du Code pénal stipule que « si, en raison des circonstances atténuantes, les peines criminelles sont réduites au taux des peines correctionnelles, la juridiction de jugement pourra néanmoins ne prononcer qu'une peine unique »[1479]. Il s'agit d'une faculté pour le juge et non d'une obligation.

Enfin, « les peines de confiscation spéciale, à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions, sont toujours cumulées » (art. 64), y compris en cas de concours idéal d'infractions[1480].

B. Le concours idéal

Le concours idéal d'infractions recouvre deux situations distinctes visées, d'une part, par l'article 65, alinéa 1er et, d'autre part, par l'article 65, alinéa 2 du Code pénal.

1. L'article 65, alinéa 1er du Code pénal

> « Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions ou lorsque différentes infractions soumises simultanément au même juge du fond constituent la manifestation successive

---

1473 Pour la détermination de la peine la plus forte, voy., *supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit des lois pénales dans le temps, 2. La rétroactivité des lois pénales plus douces ; voy., aussi, L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, p. 488 à 490.

1474 Cass., 31 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 607 ; Cass., 3 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 109.

1475 Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1223, note.

1476 Cass., 21 janvier 2020, *N.C.,* 2020, p. 361.

1477 Cass., 17 avril 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 403, note A. VANDEPLAS. Voy., aussi, Cass., 12 février 2008 ; Cass., 8 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 208 ; Cass., 8 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 599.

1478 Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 329.

1479 Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge, op. cit*., , T. IV (La Peine), 2017, p. 914.

1480 Cass., 27 janvier 2009 : « En vertu de l'article 64 du Code pénal, les peines de confiscation spéciale, à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions, seront toujours cumulées. Il en résulte que l'article 65 dudit code ne s'applique pas à la confiscation ».

> et continue d'une même intention délictueuse, la peine la plus forte sera seule prononcée »[1481].

L'article 65, alinéa 1er du Code pénal recouvre deux cas de figure qui sont compris dans la notion de concours idéal d'infractions[1482].

D'une part, le concours idéal par unité de réalisation, soit un fait pénal unique[1483] entraînant plusieurs infractions qui procèdent d'un même but, d'un même projet. La Cour de cassation a pu ainsi considérer que des faits d'intoxication alcoolique ou d'ivresse et d'autres infractions ayant entraîné l'accident impliquent une unité de comportement justifiant l'application de l'article 65, alinéa 1er du Code pénal[1484].

D'autre part, le concours idéal par unité d'intention ou *infraction collective*, soit différentes infractions constituant un fait pénal unique parce que traduisant la manifestation d'une même intention délictueuse[1485]. Il doit s'agir d'un ensemble d'infractions répétées ou successives, de même nature ou de nature différente qui constituent un acte pénal unique parce qu'elles procèdent de la même intention délictueuse.

Pour l'application de l'article 65, alinéa 1er, les infractions doivent être soumises « simultanément au même juge du fond ». À défaut, c'est l'article 65, alinéa 2 qui trouvera éventuellement application.

Il appartient au juge du fond « de vérifier si l'auteur a ou non agi avec une seule et même intention »[1486]. *A contrario*, viole la règle consacrée par l'article 65 du Code pénal le juge qui constate que différents faits ne procèdent pas d'une seule intention délictueuse mais prononce une peine unique en raison de ces différents faits[1487]. Inversement, lorsqu'il ressort de la motivation de la décision qu'il y a concours idéal d'infractions, les mêmes faits déclarés établis étant, au moins en partie, constitutifs de deux infractions, cependant punies séparément, le

---

1481 Sur la modification de l'article 65 du Code pénal par la loi du 11 juillet 1994, voy. J. DE CODT, « Le nouvel article 65 du Code pénal ou la légalisation du délit collectif », *J.T.*, 1995, p. 289 et s. ; J. MESSINNE, « A propos du nouvel article 65 du Code pénal », *J.T.*, 1995, p. 293 et s.; F. KEFER, « La disparition de l'absorption », *J.L.M.B.*, 1995, p. 839 et s.; M.-A. BEERNAERT, « Le nouvel article 65 du Code pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 678 et s.

1482 Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018, p. 322.

1483 Voy. R. LEGROS, « Le fait en droit pénal », *R.C.J.B.*, 1961, pp. 406 et s. Ce cas de figure concerne également l'hypothèse où un fait correspond à plusieurs qualifications pénales (voy. Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal, op. cit.*, p. 322).

1484 Cass., 13 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 26.

1485 Cass., 13 novembre 2007 : l'unité d'intention délictueuse peut être admise « tant pour les infractions qui requièrent une intention frauduleuse que pour les infractions qui requièrent d'avoir sciemment contrevenu à des dispositions légales ».

1486 Cass., 24 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 491. L'unité d'intention qui caractérise le délit collectif ne s'identifie pas à l'élément moral propre à chaque infraction qui le compose (Cass., 13 mai 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1036 ; Cass., 15 décembre 1999, *Pas.*, I, p. 681). La Cour a ainsi précisé que « l'intention visée par la loi se définit comme une unité de mobile, chacun des actes commis par l'auteur prenant une place déterminée dans le système conçu par lui pour réaliser sa fin » (Cass., 8 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 291) ; Cass., 6 mai 2020, RG. P.20.0029.F. ; Cass., 4 novembre 2020, RG. P.20.785.F., https://juportal.be/.

1487 Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1212.

prononcé de deux peines distinctes est illégal[1488]. L'unité d'intention n'est pas synonyme d'unité temporelle[1489].

Le juge qui décide de n'appliquer qu'une seule peine, la plus forte, doit écarter le régime répressif prévu par les incriminations moins sévères, même si celui-ci comprend une sanction accessoire plus rigoureuse que celle qui peut accompagner la peine absorbante.

> « Lorsque plusieurs faits constituent, en raison de l'unité d'intention, un fait pénal unique, le juge ne peut prononcer qu'une seule peine, la plus forte ; il ne peut y ajouter une peine accessoire prévue pour une autre prévention »[1490].

> « Le juge du fond qui a constaté, en fait, que plusieurs infractions sont l'exécution d'une seule intention délictueuse ne peut prononcer qu'une seule peine, la plus forte ; l'application de cette règle oblige le juge à écarter complètement le régime prévu par les incriminations moins sévères, quand bien même ce régime comprendrait une sanction accessoire plus rigoureuse que celle pouvant accompagner la peine absorbante »[1491].

Lorsque le juge correctionnel est saisi d'un crime correctionnalisé punissable à l'origine de la réclusion de cinq à dix ans (emportant dès lors, par application de l'article 25 du Code pénal, un emprisonnement maximum de cinq ans) et d'un délit punissable d'un emprisonnement maximum de cinq ans et d'une amende, la sévérité des peines applicables doit s'apprécier *in concreto,* « c'est-à-dire en tenant compte des circonstances atténuantes admises lors de la correctionnalisation, et non en fonction des peines énoncées dans le Code pénal ou la loi, de manière abstraite »[1492].

Néanmoins, par application de l'article 100 du Code pénal, l'article 39 de la loi relative à police circulation routière stipule que « si par suite de concours d'infractions, les peines privatives de liberté et les amendes prévues par les présentes lois coordonnées ne sont pas prononcées, la déchéance du droit de conduire l'est néanmoins dans les conditions qui y sont déterminées ».

1488 Cass., 4 septembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 643.

1489 « La circonstance que la présentation d'une déclaration à l'impôt des personnes physiques constitue une obligation légale devant être respectée chaque année ne fait pas obstacle à ce que le non-respect réitéré de cette obligation constitue la manifestation d'une intention continuée ou successive de l'auteur » (Cass., 5 septembre 1995, *Pas.*, 1995, p. 772). La Cour a précisé, à cette occasion, « que l'unité d'intention de commettre des faits successifs ne requiert pas qu'au moment du premier fait l'auteur ait déjà l'intention de commettre les faits ultérieurs qui constituent l'infraction continuée ; qu'une intention continuée ou successive peut unir des infractions distinctes en un seul délit ».

1490 Cass., 9 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 117.

1491 Cass., 25 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 200. Si le juge ne peut, par application de cette règle, prononcer une amende, rien ne l'empêche cependant de le faire, en cas de correctionnalisation d'un crime, par application de l'article 84 du Code pénal (Cass. 23 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 68 (solution implicite) ; Cass., 12 septembre 2017, *Pas*., 2017, n° 462 ; Cass., 21 janvier 2020, *N.C*., 2020, p. 361.

1492 Concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH sous Cass., 8 juin 2016.

Le concours idéal relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, sous réserve du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation[1493] en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'y attache et de l'extinction de l'action publique qui en résulte, sa décision épuise sa juridiction[1494].

Observant la tendance actuelle de la jurisprudence qui est « de constater l'unité d'intention, même là où elle n'existe pas » afin de réagir contre la complexité du système des règles du concours, la Commission pour la révision du Code pénal proposait des simplifications de ces règles qui modifiaient sensiblement l'économie des dispositions du Code pénal. Celles-ci s'inscrivaient, partiellement tout au moins, dans la perspective de la défense sociale : « personne ne peut contester... que l'individu qui a commis plusieurs infractions non encore jugées ne soit en général plus dangereux que le délinquant d'occasion. Deux ou trois infractions découvertes à la fois révèlent à coup sûr un penchant criminel au même titre qu'un casier judiciaire, et ce sont souvent les délinquants les plus redoutables qui parviennent le mieux à échapper... à toute poursuite criminelle »[1495]. Sans plus distinguer concours idéal et concours matériel, il convient, estime la Commission, d'élaborer un système permettant au juge d'apprécier la situation délictuelle dans son ensemble et de prononcer une seule peine, la plus forte, avec une possibilité éventuelle d'augmentation de la peine qui serait retenue[1496].

L'avant-projet du Code pénal (2016) abonde dans le même sens. Partant du constat de la complexité du régime applicable au concours d'infractions, les auteurs du projet tentent d'en simplifier les règles. Ainsi, comme c'est le cas en France, l'avant-projet n'opère plus de distinction entre le concours matériel et idéal d'infractions dans la mesure où elle n'apporte pas de plus-value dans la pratique, les juges ayant tendance à constater l'unité d'intention là où elle n'est pas présente. S'inspirant de l'avant-projet de Code pénal de Legros, le projet « part du principe d'un régime de sanction unique pour le concours idéal et le concours matériel »[1497].

2. L'article 65, alinéa 2 du Code pénal

> « Lorsque le juge du fond constate que des infractions ayant antérieurement fait l'objet d'une décision définitive et d'autres faits dont il est saisi et qui, à les supposer établis, sont antérieurs à ladite décision et constituent avec les premiers la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse, il tient compte, pour la fixation de la peine, des peines déjà prononcées. Si celles-ci lui paraissent suffire à une juste répression de l'ensemble des infractions, il se prononce sur la culpabilité et renvoie dans sa décision aux peines déjà prononcées. Le total des peines prononcées en application de cet article ne peut excéder le maximum de la peine la plus forte ».

1493 Cass., 22 mai 1984, *Pas.*, I, p. 1144 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1083 ; Cass., 2 mai 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 1013; Cass., 3 mars 2004, *Pas*., 2004, n° 117; Cass., 8 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 390: « s'il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement en fait si les faits dont il est saisi procèdent ou non de la même intention délictueuse que ceux ayant fait l'objet d'un jugement ou d'un arrêt définitif de condamnation, il incombe à la Cour de vérifier si des faits qu'il a constatés, le juge a pu légalement déduire sa décision concernant l'existence ou l'absence de cette unité d'intention » (jurisprudence constante). Voy. Mons, 25 mars 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1044.

1494 Corr. Arlon, 27 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1989, p. 810 ; Corr. Liège, 23 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 812, note F. KEFER ; Cass., 23 juin 2010 ; Cass., 25 avril 2012.

1495 A. PRINS, Science pénale et droit positif, *op. cit*., p. 320, n° 534.

1496 COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, *op. cit*., p. 41.

1497 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal …, *op. cit.,* p. 157 et 158.

Ce texte a été introduit par la loi du 11 juillet 1994 et consacre, avec certains tempéraments, la théorie jurisprudentielle de l'absorption. Le juge peut donc, dans le cas d'espèce, soit constater que la peine déjà prononcée est suffisante, soit la compléter, sans que le total des peines prononcées ne puisse dépasser le maximum de la peine la plus forte[1498]. Mais s'il constate que les conditions de l'article 65, alinéa 2 sont réunies, il a l'obligation d'appliquer cette disposition[1499]. L'unité d'intention, définie par la loi, se définit comme une unité de mobile et ne s'identifie pas nécessairement à une unité de comportement[1500]. Il a été également précisé que, lorsque le juge du fond constate que la peine antérieurement infligée ne suffit pas à une juste répression de l'ensemble des infractions, il ne s'agit pas de majorer la peine antérieurement prononcée, mais de prononcer une nouvelle peine[1501]. Il ne s'agit pas non plus de sanctionner une nouvelle fois des faits déjà jugés mais de prononcer une peine du chef des faits dont le premier juge n'a pas eu connaissance[1502].

Si le juge ne prononce pas de peine, il se borne à déclarer le prévenu coupable des nouveaux faits, permettant ainsi de déclarer l'action civile recevable. Il a été jugé que l'article 65, alinéa 2 du Code pénal n'est d'application que si une peine a été prononcée par une décision définitive, ce qui n'est pas le cas de la suspension du prononcé[1503] ni de la transaction pénale[1504].

Il a été jugé que, dans le cas où la peine déjà prononcée est une peine d'emprisonnement, l'article 7 du Code pénal s'oppose au prononcé, pour l'infraction commise antérieurement, d'une peine de travail, étant donné que cette disposition interdit d'appliquer l'emprisonnement et la peine de travail cumulativement.

> Cass., 5 novembre 2014 : « Si le bénéfice de l'ajustement prévu par l'article 65, alinéa 2, du Code pénal en faveur de l'auteur de l'infraction collective n'est pas subordonné à la condition qu'il y ait, entre la peine à prononcer et celle dont il tient compte, identité

1498 L'article 65 du Code pénal, modifié par la loi du 11 juillet 1994, ne se borne pas à préciser la notion de délit collectif mais organise un système répressif plus sévère que celui applicable antérieurement. Il n'est pas applicable aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (Cass., 16 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 949 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 204). Toutefois, dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a, tout en reconnaissant que l'article 65 nouveau du Code pénal organisait « un système répressif plus sévère que celui applicable sous l'empire de l'article 65 ancien du Code pénal », curieusement admis que « lorsque des infractions différentes constituent un délit collectif par unité d'intention, mais que pendant la période de perpétration de ces infractions, la loi portant la peine applicable a été aggravée, il y a lieu d'appliquer la peine établie par la loi nouvelle ». Sur cet arrêt, *cf.* S. COISNE, « Over het laattijdig vastgestelde collectief misdrijf, werking van de strafwet in de tijd en bijzonder verbeurdverklaring », note sous Cass., 26 octobre 2006, *T. Strafr.*, 2007, n° 3, p. 186 et s.

1499 Cass., 17 décembre 2008. L'article 65, alinéa 2 du Code pénal ne s'impose au juge que s'il constate la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse qui peut se définir comme « une unité de mobile, chacun des actes commis par l'auteur prenant une place déterminée dans le système conçu par lui pour réaliser sa fin ». Il relève du pouvoir d'appréciation du juge du fond de considérer que la condamnation du prévenu en première instance (même si le jugement n'était pas encore passé en force de chose jugée au moment de la commission des nouveaux faits) est de nature à rompre l'unité d'intention, les nouveaux faits procédant d'une persévérance coupable dans la délinquance et non de l'intention unique alléguée (Cass., 8 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 92). Dans le même sens, voy. Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1086, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

1500 Cass., 23 novembre 2016, *Pas*., 2016, n° 667, concl. M. Nollet de Brauwere.

1501 Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 690.

1502 Cass., 26 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 630 ; Cass., 19 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 559.

1503 Corr. Anvers, 16 octobre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1577, note M. Sterkens ; Anvers, 16 novembre 2001, *T. Strafr.*, 2002, p. 272 ; Cass., 6 novembre 2007 ; Cass. 25 novembre 2008.

1504 Cass., 17 octobre 2000, *Pas.*, 2000, n° 553 ; Cass., 16 mars 2010, *R.A.B.G.*, 2010, p. 866 et note L. Delbrouck ; Cass., 6 décembre 2017, P.15.0020.N., disponible sur juportal.be.

d'objet, de nature, de caractère ou d'espèce, l'article 7, alinéa 3, du Code pénal interdit au juge d'infliger cumulativement une peine de travail et une peine d'emprisonnement »[1505].

Le sursis est néanmoins possible sur la base de l'article 8 de la loi 29 juin 1964 : « en cas d'application de l'article 65, alinéa 2, du Code pénal, les condamnations antérieurement prononcées pour des faits unis par une même intention délictueuse ne font pas obstacle à l'octroi d'un sursis ».

Enfin, si l'article 99*bis*, alinéa 2 du Code pénal oblige le juge à prendre en considération les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne « dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales belges », cette règle n'est pas applicable à l'hypothèse visée à l'article 65, alinéa 2.

La Cour constitutionnelle a considéré que l'article 99*bis*, alinéa 2 du Code pénal est justifié par les différences qui existent entre les régimes répressifs des États membres et permet d'éviter que le juge belge ne puisse plus prononcer de peine dans certains cas (« une prise en compte systématique des condamnations antérieures étrangères pourrait aboutir à des résultats déraisonnables ». Si la Cour estime que cette disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, elle rappelle que « le juge belge conserve sa liberté d'appréciation pour fixer la peine qu'il estime appropriée et justifiée eu égard aux circonstances de l'espèce »[1506].

Un arrêt de la cour d'appel de Liège met bien en lumière l'approche sous-jacente au concours idéal d'infractions: « le véritable fondement du délit collectif est criminologique, en ce sens qu'il réside dans la nature et l'utilité de la peine, le juge ne devant pas considérer minutieusement le nombre exact de faits commis, mais apprécier la situation dans son ensemble, en examinant si, eu égard aux circonstances, l'activité du prévenu constitue ou non un tout ne méritant qu'une seule peine; (...) on permet au juge de juger un homme qui a commis des faits et non plus uniquement des faits commis par un homme »[1507].

§ 5. Les excuses

Les excuses sont des circonstances spécialement définies par la loi, qui, tout en laissant subsister l'infraction, ont pour conséquence soit une diminution, soit une exemption de peine[1508]. Elles constituent en quelque sorte l'inverse des circonstances aggravantes. Il s'agit d'une forme d'individualisation légale qui se distingue, à ce titre, des circonstances atténuantes qui font l'objet d'une individualisation judiciaire. Les excuses sont de deux espèces : les excuses absolutoires et les excuses atténuantes. Elles répondent à des impératifs de politique criminelle.

1505 Cass., 5 novembre 2014, *Pas*., 2014, n° 667, *Rev. dr. pén. crim*., 2015, p. 381, note O. Bastyns. Voy., aussi, Anvers, 22 avril 2004, *T. Strafr.*, 2004, p. 500, obs. S. Vandromme, Cass., 12 octobre 2010, *Pas*., 2010, n° 590, *T. Strafr*., 2011, p. 67, note B. Meganck, *N.C*., 2010, p. 373 ; Cass., 7 novembre 2017, *T. Strafr*., 2018, p. 237 ; Cass., 8 février 2022, P.21.1527.N) https://juportal.be/.En revanche, l'interdiction de prononcer simultanément une peine d'emprisonnement et une peine de travail ne s'appliquerait pas en cas de concours matériel d'infractions : Corr. Gand, 4 octobre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, n° 6, p. 314, note M. ROZIE.

1506C.C., 16 janvier 2020, arrêt n° 8/2020, *N.J.W*., 2020, p. 348 et obs. J. DE SMEDT et F. VERBRUGGEN.

1507 Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 690 et note P. MONVILLE.

1508 Voy. H. BEKAERT, *Théorie générale de l'excuse en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1957 ; sur les aspects procéduraux de l'excuse, voy. R. DECLERCQ, « Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond », *Liber amicorum Herman Bekaert*, Gand, Snoeck-Du Caju, 1977, p. 54 et s.

A. Caractéristiques de l'excuse

L'excuse est, tout d'abord, *légale*, en ce sens qu'elle est déterminée par la loi[1509]. « Nul crime, nul délit ne peut être excusé si ce n'est dans les cas déterminés par la loi » (art. 78 du Code pénal). Il s'en déduit, d'une part, qu'il n'y a pas, dans le Code pénal, de cause d'excuse générale, comme il n'y a pas de circonstance aggravante générale et, d'autre part, qu'une cause d'excuse ne peut exister en dehors d'un texte qui l'institue.

L'excuse est, ensuite, *obligatoire*[1510]. Le juge ne peut pas ne pas en faire bénéficier celui dans le chef duquel elle est réalisée. Même s'il estime que la moralité de l'excuse est discutable ou non justifiée dans le cas d'espèce, la volonté du législateur s'impose à lui.

Contrairement à la cause de justification, l'excuse laisse subsister le caractère délictueux du fait[1511]. Son seul effet s'attache à la peine qui est *supprimée* dans l'excuse absolutoire et *diminuée* dans l'excuse atténuante. Elle n'empêche pas l'action civile en réparation et n'est pas incompatible avec les circonstances atténuantes.

Enfin, les causes d'excuse autorisent la correctionnalisation d'un crime en vertu de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

B. Deux sortes d'excuses

1. Les excuses absolutoires

Malgré l'existence incontestée de l'infraction, la loi supprime toute répression parce qu'elle estime que cette solution est plus avantageuse ou plus utile que la poursuite ou la condamnation[1512]. Dans ce cas, l'impunité est totale de sorte que le ministère public ne peut pas exercer de poursuites tandis que les juridictions d'instruction doivent prononcer un non-lieu[1513]. Si le prévenu est néanmoins poursuivi devant les cours et tribunaux, il doit être déclaré coupable des faits qui lui sont imputés, sans que la juridiction puisse prononcer de peine. En effet, la cause d'excuse absolutoire « n'abolit pas la faute pénale, mais a pour seul effet de faire échapper son bénéficiaire à une condamnation à une peine. Il s'ensuit qu'en admettant cette cause d'excuse, le juge décide que l'action publique à charge de cette personne est fondée et que celle-ci est coupable de l'infraction qui lui est reprochée ; dans ce cas, la personne en faveur de laquelle cette cause d'excuse est reconnue doit être condamnée aux frais de l'action publique »[1514]. La cause d'excuse absolutoire n'absout pas non plus l'auteur de sa responsabilité civile : elle « n'a pas d'incidence sur le fondement de l'action civile exercée contre lui, puisque

---

1509 Cass., 16 février 1993, *Pas.*, I, p. 177.

1510 Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1886 : « si les conditions d'application de la cause d'excuse sont réunies, elle doit bénéficier d'office au prévenu ».

1511 Cass., 29 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 564.

1512 Concernant cette forme traditionnelle de déclaration de culpabilité sans prononcé de peine, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir, op. cit.*, p. 209 à 215.

1513 Cass., 8 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 127 (somm. : « Lorsque, lors du règlement de la procédure, la chambre du conseil constate que la poursuite pénale n'est pas possible en raison d'une cause d'excuse absolutoire, elle rend une ordonnance de non-lieu »).

1514 Cass., 29 juin 2016, R.G. n° P. 16.0501.F., disponible sur www.jurportal.be.

toute faute, si légère soit-elle, oblige celui qui l'a commise à réparer le dommage qui en est résulté »[1515].

Les excuses absolutoires sont personnelles, en ce sens qu'elles sont établies en raison de la situation personnelle de l'auteur de l'infraction. Elles sont également spécifiques car elles ne visent que des infractions déterminées.

Il existe des excuses absolutoires fondées sur des situations sensiblement différentes.

La *parenté* et *l'alliance* constituent des excuses absolutoires dans deux types d'infractions.

D'une part, pour des considérations d'humanité, dans les infractions qui consistent dans l'aide apportée aux condamnés (art. 121 et 341 du Code pénal) ou aux auteurs d'homicide par le recel de cadavre (art. 341 du Code pénal)[1516]. D'autre part, pour ne pas aggraver les conflits de famille, certaines infractions contre les biens « ne donneront lieu qu'à des réparations civiles » lorsqu'ils ont été « commis par des époux au préjudice de leurs conjoints; par un veuf ou une veuve, quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des descendants au préjudice de leurs ascendants, par des ascendants au préjudice de leurs descendants, ou par des alliés au même degré » (art. 462 du Code pénal en matière de vol[1517]; art. 492 en matière d'abus de confiance; art. 504 en matière d'escroquerie et de tromperie). Depuis la loi du 26 novembre 2011, cette cause d'excuse n'est pas applicable lorsque ces faits ont été commis au préjudice d'une personne vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale[1518]. Il a été jugé que la notion d'alliance au sens de cet article désigne l'existence d'un lien qui ne résulte que du mariage et non du concubinage[1519].

Si l'excuse laisse subsister l'infraction, la Cour de cassation a cependant décidé, à propos de l'article 462 du Code pénal :

> « La cause d'excuse définie à l'article 462 du Code pénal accorde aux auteurs d'un vol y mentionnés une immunité personnelle contre les poursuites pénales de sorte que le juge pénal qui constate qu'un vol est mis à charge d'un des auteurs mentionnés par cette disposition légale doit se borner à déclarer l'action publique irrecevable sans pouvoir statuer sur le caractère établi du fait ou sur la culpabilité du prévenu et sans pouvoir se

---

1515 Cass., 22 octobre 2014, Pas., 2014, p. 2313.

1516 La loi du 29 juin 1993 a abrogé l'article 335, al. 2, du Code pénal de sorte qu'est désormais punissable l'aide à l'évasion d'un détenu par un membre de sa famille.

1517 Cass., 31 mai 1983, *Pas.*, I, p. 1094 ; Cass., 2 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 517 (la cause d'excuse de l'article 462 ne s'applique pas à la contravention prévue par l'article 559, 1°, du Code pénal); Cass., 1re février 2000, *Pas.*, I, p. 83; Bruxelles, 12 février 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 748 (la fraude informatique, visée à l'article 504*quater*, § 1er du Code pénal, peut, au point de vue de l'application de cette cause d'excuse, être assimilée au vol).

1518 Loi du 26 novembre 2011 modifiant et complétant le Code pénal en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des personnes vulnérables contre la maltraitance (*M.B.*, 23 janvier 2012).

1519Corr. Gand, 12 janvier 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 458). A cet égard, *cf.* également A. LORENT, « L'immunité familiale en matière d'atteinte à la propriété », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 135 et s. ; C.C., 19 septembre 2007, n°116/2007. Il a également été jugé que l'article 462, alinéa 1er du Code pénal n'est plus applicable après la dissolution du mariage si celle-ci intervient d'une autre manière que par le décès du conjoint (Cass., 27 septembre 2007).

prononcer sur l'action civile, également irrecevable, dirigée contre le prévenu du vol »[1520].

La *dénonciation* est une cause d'excuse absolutoire que l'on rencontre dans certaines infractions contenues dans le Code pénal et dans des lois particulières lorsqu'il y a une situation de groupe ou, à tout le moins, une pluralité d'auteurs: complot contre la sûreté de l'Etat (art. 136); fausse monnaie (art. 192); publication ou distribution d'imprimés sans indication de l'imprimeur (art. 300); loteries prohibées (art. 304); association dans le but d'attenter aux personnes et aux propriétés (art. 326)[1521].

Inspirée par le souci de mener dans le domaine de la drogue une politique criminelle efficace, la loi du 9 juillet 1975, modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, instaure une cause d'excuse en vue d'aider les autorités judiciaires à démanteler les réseaux de trafiquants. Elle remplit un objectif d'efficacité procédurale – découvrir des infractions ou en identifier les auteurs – qui se « justifie pleinement par l'intérêt social supérieur que présente la lutte contre la contrebande de stupéfiants »[1522]. L'article 6 de la loi du 24 février 1921 prévoit ainsi, lorsque l'infraction à la loi est punie de peines correctionnelles, une cause d'excuse absolutoire en faveur des coupables qui ont révélé l'identité des auteurs des infractions visées aux articles 2*bis*, 2*quater* et 3 de la loi[1523]. Pour valoir cause d'excuse, la dénonciation doit être antérieure à toute poursuite[1524], elle doit être faite à l'autorité[1525] et porter sur des éléments non encore connus de celle-ci[1526]; elle doit aussi être sincère et complète[1527]. Il a dès lors été jugé que le bénéfice de cette excuse ne peut être accordé au prévenu qui, même s'il a révélé l'identité de son principal

---

1520 Cass., 25 septembre 1987.

1521 G.H. BEAUTHIER, « La délation : l'impunité dénoncée », *Déviance et société*, vol. 22, n° 4, 1998, p. 427 et s. ; M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 50 et s.

1522 Projet de loi modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc*., Ch., 1974-1975, n° 608/2, p. 1137.

1523 M. PREUMONT, « Un exemple de politique criminelle : la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques », *Mélanges offerts à Robert Le-gros*, *op. cit.*, p. 499 et s.; A. DE NAUW, *Drugs, Algemene praktische rechtsverzameling*, Gand, E. Story-Scientia, 1998, pp. 142 et s. ; Ch. GUILLAIN, « La cause d'excuse en matière de drogues: symptôme de l'ambivalence du système pénal », *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 271 à 290.

1524 Notamment avant que le procureur du Roi ait requis le juge d'instruction (Corr. Bruxelles, 19 octobre 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 926). « La révélation à prendre en considération par le juge est celle qui est effectuée avant toute poursuite, c'est-à-dire avant que l'action publique n'ait été mise en mouvement. Du seul fait qu'un suspect a été privé de liberté sur ordre du parquet, et qu'il lui est notifié qu'il aura à comparaître devant un juge d'instruction, il ne résulte pas que l'action publique soit engagée » (Cass., 28 avril 2010, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 1173).

1525 Corr. Liège, 13 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 247 et s. et la note de M. NEVE, « A propos de la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 ». L'excuse est atténuante si la révélation est faite à une autorité étrangère (Corr. Tongres, 16 mai 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1991, p. 1018, note).

1526 Corr. Bruxelles, 16 avril 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 235.

1527 Cass., 8 décembre 1992, *Larcier Cass.*, 1992, p. 289, n° 1113. La Cour de cassation a ainsi décidé que la cause d'excuse ne peut être invoquée lorsque la dénonciation n'est ni complète, ni sincère et que le dénonciateur a tu son propre rôle dans les infractions relatives à la drogue (Cass., 24 février 1998, *Pas.*, I, p. 106); Cass., 8 avril 2008 (un auteur qui révèle sa participation à l'infraction mais reste muet sur l'existence des coauteurs et sur les circonstances de l'infraction ne produit pas des révélations « sincères et complètes », en tant qu'elles ne permettent pas à l'autorité d'exercer des poursuites contre tous les auteurs).

dealer au cours de l'instruction, n'a fait des aveux quant à sa propre part et son rôle dans la commission de l'infraction qu'à la fin de l'instruction, après avoir été confronté aux éléments de preuve concluants de l'enquête, de sorte qu'il n'a avoué son propre rôle qu'une fois que les autorités en avaient déjà connaissance du fait de leurs investigations[1528]. Il n'est toutefois pas requis que les informations fournies aient effectivement été suivies de l'exercice de poursuites pénales ni même qu'elles aient conduit à la condamnation des personnes dénoncées. En d'autres termes, l'utilisation que fait concrètement l'autorité des informations pertinentes et utiles portées à sa connaissance est sans relevance[1529]. Enfin, si les conditions d'application de la cause d'excuse sont réunies, elle doit bénéficier d'office au prévenu[1530]. Dans une affaire où un prévenu, poursuivi du chef de détention et vente de drogues en association, a, lors de son audition à la police, révélé d'initiative aux enquêteurs l'adresse de son vendeur, permettant son identification et son arrestation, le tribunal correctionnel de Bruxelles lui a accordé la cause d'excuse absolutoire, tout en prononçant à son encontre la confiscation de la drogue, des sommes et des objets saisis[1531]. Comme nous le verrons (*infra*), la dénonciation après le commencement des poursuites devient une excuse atténuante, tout comme lorsque l'infraction à la loi est punie de peines criminelles.

La loi du 15 juillet 1985 sur les hormones prévoit une cause d'excuse similaire pour « celui qui, avant toute poursuite devant le tribunal correctionnel a révélé aux autorités l'identité de celui qui lui a délivré les substances qui ont servi à commettre les infractions qui lui sont imputées » (art. 10, § 5, al. 2)[1532].

Par la prime d'impunité accordée au dénonciateur, qui est en soi évidemment moralement discutable, le législateur espère ainsi empêcher la réalisation d'infractions considérées comme particulièrement graves pour l'ordre social. Dans un arrêt didactique rendu concernant cette cause d'excuse, la cour d'appel de Liège rappelle qu'« elle n'a pas été créée pour favoriser l'amendement ou le repentir spontané de l'auteur de l'infraction, mais bien dans le souci de mener une politique criminelle efficace dans le domaine de la drogue »[1533].

La *soumission* est une cause d'excuse pour les infractions de participation à une bande séditieuse (infraction visée à l'art. 128 du Code pénal), les articles 134 et 273 du Code pénal prévoyant, selon les cas, qu'aucune peine ne sera prononcée contre ceux qui se seront retirés au premier avertissement des autorités civiles ou militaires sans opposer de résistance et sans armes.

Les articles 152 et 260 du Code pénal contiennent une cause d'excuse tirée de *l'obéissance hiérarchique à un ordre illégal* par un fonctionnaire public ou un agent de la force publique[1534]. Celle-ci est soumise à certaines conditions qui ont été dégagées par la doctrine et la

---

1528 Cass., 15 décembre 2020, *R.W.*, 2020-2021, p. 239.

1529 Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.,* 2019, p. 1886.

1530 Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.,* 2019, p. 1886.

1531 Corr. Bruxelles (50e ch.), 29 juin 2021, R.G. 18F035129, inédit, cité par L. KENNES, D. VANDERMEERSCH, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.,* 2022/5, p. 541.

1532 Corr. Turnhout, 15 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 443, note M. GELDERS.

1533 Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1886.

1534 On rappellera que l'article 6, § 2 de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a étendu la cause d'excuse à l'infraction de discrimination prévue par cette même disposition. Cet article a cependant été annulé par C.A., 6 octobre 2004, n° 157/ 2004. Dorénavant, cette cause d'excuse est prévue par l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

jurisprudence : l'ordre doit être donné par un supérieur dans le cadre d'un rapport hiérarchique ; il doit rentrer dans les attributions du supérieur car celui-ci ne doit être obéi que dans le cadre de ses compétences ; enfin, l'ordre ne doit pas être manifestement illégal, ce qui est délicat à apprécier dans les faits. *A contrario*, il y a un droit et un devoir de désobéir aux ordres manifestement illégaux.

L'article 47*quinquies*, § 2 du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 6 janvier 2003, contient une nouvelle cause d'excuse absolutoire liée à *l'exécution d'une méthode particulière de recherche*. Cette disposition prévoit en effet que « sont exemptés de peine les fonctionnaires de police qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, commettent des infractions absolument nécessaires, ce avec l'accord exprès du procureur du Roi ». La loi du 27 décembre 2005 a étendu cette excuse absolutoire aux personnes qui ont fourni directement une aide ou une assistance nécessaire à l'exécution de cette mission, à l'infiltrant ainsi qu'au magistrat qui a autorisé la commission de ces infractions. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018[1535], une cause d'excuse absolutoire est également accordée, aux mêmes termes, à l'infiltrant civil, aux agents d'accompagnement et aux agents de contrôle qui « commettent des infractions strictement nécessaires et ce avec l'accord express du Procureur du Roi » (art. 47*novies*/1, § 3 C.i.cr.).

Par ailleurs, la Cour de cassation a admis, en matière de *pratiques sadomasochistes*, que des coups et blessures volontaires étaient excusables en vertu de l'article 8, § 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « lorsqu'ils ne sont *pas de nature à porter atteinte à la santé de la personne* qui les subit et lorsqu'ils sont commis à l'égard d'une personne qui y *consent* légalement », tout en précisant que ces conditions « doivent donner lieu à l'exclusion de toute peine »[1536].

Parmi les causes d'excuses absolutoires l'on peut également citer l'article 77 al. 2 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoyant que celui qui aura aidé un étranger en séjour illégal à pénétrer ou à séjourner sur le territoire sera exempt de peine lorsque cette aide est offerte pour des *raisons principalement humanitaires.*

L'on peut encore citer l'article 422*bis*, al. 2 du Code pénal qui dispose, qu'en matière d*'abstention coupable*, lorsqu'il n'a pas constaté personnellement le péril auquel se trouvait exposée la personne à assister, l'abstenant ne pourra être puni lorsque les circonstances dans lesquelles il a été invité à intervenir pouvaient lui faire croire au manque de sérieux de l'appel ou à l'existence de risques.

L'article 362 du Code pénal, dispose quant à lui que les sanctions prévenues en matière de *non-déclaration d'enfant trouvé* ne s'appliqueront pas à celui qui aurait consenti à se charger de l'enfant et qui aurait fait sa déclaration à cet égard devant l'autorité communale du lieu où l'enfant a été trouvé[1537].

1535 Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code d'instruction criminelle et le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en vue d'introduire la méthode particulière de recherche d'infiltration civile (*M.B.*, 7 août 2018).

1536 Cass., 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 562. Dans la mesure où la Cour admet que de tels faits se trouvent autorisés par la Convention européenne, on peut se demander cependant s'il n'aurait pas été plus logique de les considérer comme bénéficiant d'une cause de justification, et pas seulement d'une cause d'excuse absolutoire.

1537 Dans le projet de réforme du livre II du Code pénal (cfr. *Infra*), cette disposition est expressément qualifiée de *cause d'excuse absolutoire*.

En matière de *faux témoignage*, l'article 225 du Code pénal prévoit que les peines prévues ne sont pas applicables aux enfants âgés de moins de seize ans, ni aux personnes qui sont entendues sans prestation de serment, à raison de la parenté ou de l'alliance qui les unit aux accusés ou aux prévenus, lorsque ces déclarations ont été faites en faveur des accusés ou prévenus[1538].

Enfin, la Cour de cassation a également admis, dans un arrêt du 3 octobre 2000, que l'ancien article 5, alinéas 1er et 2, du Code pénal, concernant la responsabilité pénale des personnes morales, « crée... une cause d'excuse absolutoire applicable, lorsqu'une infraction a été commise tant par une personne physique qu'une personne morale, à celle des deux personnes ayant commis la faute la moins grave, et ce, pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence »[1539]. A la différence des autres causes d'excuse, celle-ci a la particularité d'être générale, alors que les autres sont relatives à des infractions déterminées[1540]. Comme nous l'avons vu *supra*, cette cause d'excuse ne peut cependant plus s'appliquer aux infractions commises par les personnes morales après l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2018 qui a modifié l'article 5 du Code pénal[1541].

2. Les excuses atténuantes

Les excuses atténuantes sont fondées sur des circonstances qui diminuent la gravité du fait ou la culpabilité de l'auteur. Il s'agit au fond de circonstances atténuantes obligatoires. La réduction de peine se réalise selon les modalités prévues dans chaque infraction (soit une réduction d'un degré, soit la disqualification de l'infraction originaire). Contrairement à la cause d'excuse absolutoire où l'impunité est totale, la cause d'excuse atténuante n'entraîne qu'une immunité partielle.

Si les causes d'excuses atténuantes ne sont pas incompatibles avec les circonstances atténuantes, le juge correctionnel saisi d'un crime excusé ne peut dorénavant plus admettre des circonstances atténuantes pour dénaturer le délit en contravention. En effet, la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite « pot-pourri II ») a modifié l'article 414 du Code pénal qui prévoit dorénavant que la réduction de peine en matière criminelle, en cas d'admission d'une cause d'excuse, n'est pas affectée par la correctionnalisation.

L'excuse de *minorité* est prévue à l'article 12 du Code pénal qui dispose que « la réclusion ou détention à perpétuité n'est pas prononcée à l'égard d'une personne qui n'était pas âgée de dix-huit ans accomplis au moment du crime ». En conséquence, la cour d'assises devra obligatoirement prononcer une peine inférieure en cas de poursuite d'un mineur pour une infraction punissable de la réclusion ou de la détention à perpétuité.

1538 Dans le probjet de réforme (cfr. *Infra*), cette disposition est qualifiée de *cause d'excuse entrainant une exemption de peine.*

1539 Cass., 3 octobre 2000, *Pas.*, I, p. 511.

1540 F. KEFER, « Deux réponses au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales », note sous Cass., 10 mars 2004, *op. cit.*, p. 949.

1541 Voy., *supra*, Chapitre III. L'auteur de l'infraction, Section 2. Les sujets de l'infraction, *§ 2. Le régime de responsabilité pénale des personnes morales,* D. Le concours des responsabilités des personnes morale et physique, 1. Pour les infractions commises avant le 30 juillet 2018.

La *provocation* est retenue comme une cause d'excuse en matière d'homicide, de coups et de blessures volontaires (art. 411 à 414 du Code pénal)[1542]. La Cour de cassation a décidé que la provocation ne pouvait être étendue à des cas non visés par la loi :

> « L'excuse de la provocation ne peut être retenue que dans certains cas au nombre desquels ne figurent ni le vol ni la destruction ou la dégradation de propriétés mobilières d'autrui »[1543].

Il a par ailleurs été décidé qu'en l'absence de sanction pénale, la provocation ne pouvait bénéficier aux mineurs comme cause d'excuse[1544].

La provocation est un fait qui suscite un sentiment de colère ou de crainte et qui porte une personne à commettre une infraction dans un mouvement de réaction spontanée[1545]. Du point de vue de l'individu, il s'agit d'un état qui est à la limite de l'état de contrainte ; du point de vue des faits, il s'agit de situations qui sont à la limite de la légitime défense. Ainsi, la provocation peut excuser une réaction démesurée de la victime de violences graves[1546] qu'elles soient physiques ou morales[1547].

> « À la différence de la cause de non- imputabilité visée à l'article 71 du Code pénal, l'excuse de provocation suppose que la volonté de l'auteur a été altérée, mais non abolie »[1548].

1542 H. BEKAERT, « La provocation diffuse », *Liber amicorum F. Dumon*, Anvers, Kluwer, 1983, p. 339 et s. ; O. BASTYNS, « La provocation : évolution jurisprudentielle et doctrinale d'une cause d'excuse », *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 88 et s.; D. DE BECO, « La cause d'excuse de provocation: réflexions autour de l'évolution de la jurisprudence », *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 131 et s.

1543Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 311

1544 Bruxelles (jeun.), 28 juin 2005, *J.D.J.*, 2005, n° 249, p. 63.

1545 Du seul fait qu'un huissier de justice n'a pas révélé spontanément sa qualité ni le but de sa démarche, il ne peut être déduit qu'il aurait provoqué l'infraction dès lors qu'il s'est comporté comme tout client à l'égard d'un commerçant quelconque (Liège, 25 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1991, p. 1013, note H.-D. B.). Voy. A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *Les infractions contre les personnes* H.-D. Bosly et Chr. De Valkeneer (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 356, n° 342: « L'exigence d'une certaine simultanéité entre la provocation et la réaction qu'elle entraîne, illustrée par l'emploi du terme 'immédiatement', dans l'article 411 du Code pénal, a été justifiée par le fait que, en voulant excuser les faits commis dans un premier élan, il fallait exclure la possibilité d'invoquer la provocation lorsque celle-ci était séparée du crime par 'un intervalle assez long pour que la réflexion ait pu surgir ».

1546Il en est ainsi notamment lorsqu'un coup de poing a provoqué immédiatement un coup de pied de l'accusé (Anvers, 12 décembre 1996, *T. Strafr.*, 2000, p. 32). Pour la Cour de cassation, les violences graves sont « celles de nature à amoindrir le libre arbitre d'une personne normale et raisonnable et non celles qui n'ont eu cet effet qu'en raison de l'émotivité particulière de l'agent provoqué » (Cass., 22 juin 2011, *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 1192, note O. Bastyns). Voy., aussi, Cass., 21 novembre 2012 : « La loi ne mesure pas la gravité des violences génératrices de l'excuse, qu'elles soient physiques ou morales, uniquement sur l'intensité de la réaction qu'elles ont entraînée mais également sur leur intensité matérielle comparée à la gravité de l'infraction provoquée », cité par D. DE BECO, « La cause d'excuse de provocation : réflexions autour de l'évolution de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 139.

1547 Cass., 9 mars 1896, *Pas.*, I, p. 125 ; Corr. Arlon, 8 février 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1185 et s. Il a cependant été jugé qu'elle n'était pas applicable en matière de harcèlement sexuel (Corr. Bruxelles, 30 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 87) ; Bruxelles, 29 mai 2007, *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2008, n° 3, p. 298 (les violences peuvent être « uniquement morales » et l'auteur n'a pas à faire la preuve de la provocation qu'il invoque : il suffit « qu'il l'allègue avec vraisemblance »).

1548 Cass., 9 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1717, note A. Jacobs.

La cause d'excuse de provocation n'est admise dans le chef de celui qui se rend coupable d'homicide ou de coups ou blessures volontaires que pour autant qu'il s'agisse d'une réaction immédiate à des violences illicites et graves commises par le provocateur. Il en résulte qu'il ne saurait y avoir provocation dans le chef de la victime si celle-ci se trouve en état de légitime défense[1549]. La Cour de cassation a jugé que justifiait légalement sa décision, l'arrêt décidant que le fait de sortir une arme de sa poche, pour une victime d'une attaque imprévisible et injuste, tombée KO au sol, sans possibilité de fuite, était un geste de défense et que, sa réaction étant proportionnée au regard du nombre d'agresseurs, de leur attitude agressive, déterminée et immédiate, ce geste de défense ne pouvait pas constituer une violence génératrice de l'excuse de provocation[1550].

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2011, il est admis que « la loi ne mesure pas la gravité des violences génératrices de l'excuse, qu'elles soient physiques ou morales, uniquement sur l'intensité de la réaction qu'elles ont entraînée, mais également sur leur intensité matérielle comparée à la gravité de l'infraction provoquée » et que « la gravité de la provocation ne peut pas non plus s'apprécier uniquement en fonction de la subjectivité de l'agent provoqué », mais qu'elle doit être « de nature à amoindrir le libre arbitre d'une personne normale et raisonnable et non celles qui n'ont eu cet effet qu'en raison de l'émotivité particulière de l'agent provoqué »[1551].

Il a été jugé que cette disposition peut s'étendre aux violences morales[1552] et il n'est pas requis que les violences aient été exercées directement contre l'auteur de l'homicide ; il suffit qu'elles aient été exercées contre ses proches[1553]. Par ailleurs, l'excuse doit également être admise lorsque l'auteur de l'homicide a donné la mort à celui qui a été l'instigateur de ces violences et a assisté à leur exécution[1554].

De manière générale, la provocation n'est pas incompatible avec la préméditation[1555]. En revanche, elle suppose que l'infraction ait été commise « avec l'intention d'attenter à la personne d'autrui », ce qui exclut notamment des coups et blessures involontaires[1556].

> « La légitime défense ou la provocation supposent que les infractions susceptibles d'être justifiées ou excusées aient été commises avec l'intention d'attenter à la personne d'autrui »

L'article 412 du Code penal prévoit que cette cause d'excuse s'applique également si l'homicide ou les coups et blessures ont été commis en repoussant, pendant le jour, l'escalade

---

1549 Cass. (2e ch.), 1er avril 2020, R.G. n° P.20.0054.F, disponible sur juportal.be.

1550 Cass. (2e ch.), 1er avril 2020, R.G. n° P.20.0054.F, disponible sur juportal.be.

1551 Cass, 22 juin 2011, RG P.11.0988.F ; Cass., 22 avril 2015, *Pas*., 2015, n° 271, conclusions D. Vandermeersch ; Cass., 16 novembre 2016, *Pas*., 2016, n° 647 ; voy., aussi, Fr. KUTY, « Plaidoyer pour un revirement de la jurisprudence : un retour à une interprétation stricte de la notion de violences graves envers les personnes au sens de l'article 411 du Code pénal », *Rev. crit*., 2016, p. 441 à 462.

1552 Cass., 9 mars 1896, *Pas.*, I, p. 125 ; Corr. Arlon, 8 février 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1185 et s. ; Bruxelles, 29 mai 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, n° 3, p. 298 (les violences peuvent être « uniquement morales » et l'auteur n'a pas à faire la preuve de la provocation qu'il invoque : il suffit « qu'il l'allègue avec vraisemblance »).

1553 Liège, 15 janvier 1986, *J.L.*, 1986, p. 243 ; Mons (mis. acc.), 12 août 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 110, note J.S.

1554 Cass., 7 septembre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 127.

1555 Cass., 15 mars 1897, *Pas.*, I, p. 116.

1556 Cass., 3 mars 1999, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 1208.

ou l'effraction des clôtures, murs ou entrées d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances, à moins qu'il soit établi que l'agent n'a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l'escalade ou l'effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci[1557].

Concernant la réduction de peine, l'article 414 du Code pénal prévoit que :

> « Lorsque le fait d'excuse sera prouvé, la peine sera réduite :
> - à un emprisonnement d'un an à cinq ans et à une amende de cent euros à cinq cents euros, s'il s'agit d'un crime emportant une peine maximale supérieure à vingt ans de réclusion, qu'il ait été ou non correctionnalisé,
> - à un emprisonnement de six mois à deux ans et à une amende de cinquante euros à deux cents euros, s'il s'agit de tout autre crime, correctionnalisé ou non ;
> - à un emprisonnement de huit jours à trois mois et à une amende de vingt-six euros à cent euros, s'il s'agit d'un autre délit ».

Notons enfin qu'une faute de la victime, sans laquelle le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé, peut entraîner un partage de responsabilité alors même que cette faute, qui peut être la plus légère, ne constitue pas un des cas de provocation prévus par la loi[1558].

En matière de prise d'otages (art. 347*bis*), il est prévu une réduction de peine « si dans les cinq jours de l'arrestation, de la détention ou de l'enlèvement, la personne prise comme otage a été *libérée volontairement* sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté » (art. 347*bis*, § 3 du Code pénal). L'excuse n'est pas applicable si l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de la personne prise comme otage a causé soit une maladie paraissant incurable, soit une incapacité permanente physique ou psychique, soit la perte complète de l'usage d'un organe, soit une mutilation grave, soit la mort ou si la personne a été soumise à la torture ou à un traitement inhumain (art. 347*bis*, § 4).

L'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques prévoit, comme nous l'avons vu, une cause d'excuse en cas de *dénonciation*, excuse qui n'est qu'atténuante lorsqu'elle s'applique à des peines criminelles ou, en matière correctionnelle, lorsque les révélations ont été faites après le commencement des poursuites[1559]. Par, « en matière correctionnelle », la loi entend, d'une part, les poursuites d'infractions punies, par la loi, de peines correctionnelles, soit la majorité des infractions en matière de drogues, quand elles ne sont pas accompagnées de circonstances aggravantes. D'autre part, cette hypothèse concerne également les crimes renvoyés devant le tribunal correctionnel suite à l'admission d'une cause d'excuse atténuante, le crime étant transformé en délit. En revanche, cette hypothèse ne peut concerner les crimes correctionnalisés renvoyés devant le tribunal correctionnel par l'admission de circonstances atténuantes. En cas

---

1557 Il a cependant été jugé que, si des personnes compétentes ne procèdent pas à une perquisition manifestement illégale, la rébellion que suscite leur intervention ne peut être excusée (Anvers, 30 octobre 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 611).

1558 Cass. (2e ch.), 30 octobre 2019, R.G. n° P.19.0683.F, disponible sur www.jurportal.be.

1559 M. PREUMONT, « Un exemple de politique criminelle : la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques », *Mélanges offerts à Robert Le-gros*, *op. cit.*, p. 499 et s.; A. DE NAUW, *Drugs, Algemene praktische rechtsverzameling*, Gand, E. Story-Scientia, 1998, p. 142 et s. ; Ch. GUILLAIN, « La cause d'excuse en matière de drogues: symptôme de l'ambivalence du système pénal », *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 271 à 290.

d'admission d'une cause d'excuse atténuante en matière de drogues, le juge doit appliquer les échelles de peines prévues par l'article 414 du Code pénal.

De la même manière, la loi du 15 juillet 1985 sur les hormones, prévoit une réduction de peine en faveur de celui qui aura « révélé aux autorités », après le commencement des poursuites devant le tribunal correctionnel, l'identité de celui qui lui a délivré les substances qui ont servi à commettre les infractions qui lui sont imputées[1560].

Cette logique de récompense de la délation a encore franchi un cap supplémentaire avec l'instauration du statut de *repenti* par la loi du 22 juillet 2018[1561]. L'art 216/1 du Code d'instruction criminelle permet désormais à la partie poursuivante de « faire une promesse dans le cadre de l'exercice de l'action publique, de l'exécution de la peine ou de la détention à toute personne qui fait des déclarations substantielles, révélatrices, sincères et complètes concernant la participation de tiers et, le cas échéant, sa propre participation, au sujet d'infractions commises ou ayant fait l'objet d'une tentative, visées à l'article 90*ter*, §§ 2 à 4 »[1562]. Si cette disposition n'instaure pas à proprement parler une cause d'excuse atténuante, comme celles que nous venons de voir, elle procède cependant de la même logique et vise le même objectif.

C. Le projet de réforme du Livre premier du Code pénal

Le projet de réforme du Livre premier du Code pénal vise une meilleure codification des différentes causes susceptibles d'avoir une influence sur l'existence de l'infraction, sur son imputabilité ou encore sur la peine à infliger à son auteur[1563]. L'article 33 définit les causes d'excuse comme étant « les circonstances définies dans la loi qui entraînent soit une exemption de peine soit une réduction de peine ». Si les auteurs de la dernière proposition de loi déposée estiment, qu'idéalement, les causes d'excuses auraient dû toutes figurer dans le Livre Ier, ils n'en consacrent finalement que deux, au titre de causes d'excuses atténuantes[1564] : la cause d'excuse de minorité (art. 25) et une nouvelle cause d'excuse d'excès de légitime défense (art. 3.2) qui recouvre « des situations dans lesquelles l'agent est confronté à une situation qui normalement pourrait donner lieu à l'application de la cause de justification relative à la légitime défense, mais où les actes de défense posés à la suite des émotions fortes provoquées par l'agression sont plus conséquents que le strict nécessaire pour se défendre, par exemple du fait d'un recours à une violence démesurée ou inutilement prolongée par rapport à la défense justifiée ».

Les causes d'excuses absolutoires et les autres causes d'excuses atténuantes se trouvent reléguées dans le Livre II du Code pénal, avec les infractions auxquelles elles se rapportent, l'objectif étant de les réévaluer dans le cadre de la révision du Livre II[1565].

1560 Corr. Turnhout, 15 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 443, note M. Gelders.

1561 Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les promesses relatives à l'action publique, à l'exécution de la peine ou à la détention consenties à la suite d'une déclaration dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme.

1562 Il s'agit de la liste des infractions pour lesquelles est autorisée la mesure « d'écoutes téléphoniques ».

1563 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal …*, *op.cit*., p. 105.

1564 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 125.

1565 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 125.

Dans la proposition de réforme du Livre II, la cause d'excuse atténuante de *provocation* est reformulée, en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence précitée[1566]. La cause d'excuse de provocation visée à l'actuel article 412 du Code pénal est, en revanche, abandonnée.

La proposition de loi instaure par ailleurs une cause d'excuse entraînant une exemption de peine en faveur de la *victime de traite des êtres humains* qui prend part à des délits (infractions punissables d'une peine de niveau 1 à niveau 6), en conséquence directe de son exploitation[1567].

La proposition de loi supprime la cause d'excuse absolutoire en cas de *parenté* ou *d'alliance*, compte tenu de la complexité croissante des relations familiales et d'alliance et du large pouvoir d'appréciation dont jouit le ministère public pour juger de l'opportunité des poursuites[1568].

Des modifications sont également apportées aux actuels articles 152 et 260 du Code pénal prévoyant une cause d'excuse absolutoire *d'ordre illégitime*, ces dispositions étant désormais expressément considérées comme des causes d'excuse atténuantes[1569].

S'agissant de la nouvelle incrimination *d'évasion de détenus*, la proposition prévoit une cause d'excuse entrainant une exemption de peine lorsque l'évasion s'est déroulée sans violence ni menace et que la personne se présente dans les 48 heures à la prison, à l'institution dans laquelle elle séjournait pendant sa privation de liberté ou à un service de police[1570].

Par ailleurs la proposition de loi considère désormais le *désistement volontaire* de l'auteur comme une cause d'excuse absolutoire et non plus comme un élément supprimant le caractère punissable de la tentative d'infraction[1571].

Enfin, s'agissant de la nouvelle classification des infractions prévues par la proposition, celle-ci précise que les crimes sont les infractions que la loi punit de la peine de niveau 8 ou de la peine de niveau 7, mais que la réduction de la peine à la suite de l'admission d'une cause d'excuse atténuante (ou de l'application de circonstances atténuantes) est sans incidence sur la nature de l'infraction[1572].

1566 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 342. Le nouvel article 102 du Code pénal prévoirait que « le meurtre est provoqué s'il a été commis sous l'influence directe de violences physiques ou psychiques intentionnelles, injustes, graves et instantanées envers sa personne ou un tiers ». La même définition est reprise au nouvel article 184 pour ce qui concerne les « actes de violences provoqués ».

1567 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 451. Ce principe de non-sanction est prévu à l'article 8 de la Directive européenne relative à la traite des êtres humains et à l'article 26 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la traite des êtres humains (Convention de Varsovie). Plus récemment, ce principe a été repris dans le Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé, entré en vigueur en novembre 2016 (article 4.2).

1568 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 642 et 643.

1569 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 785 et s.

1570 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 818.

1571 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 54.

1572 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 839.

§ 6. Les circonstances atténuantes

Si, comme le constate le Procureur général J. LECLERCQ « les circonstances atténuantes ont envahi tout le domaine de la répression »[1573], leur histoire est traditionnellement liée à l'histoire de l'individualisation de la peine qui a contribué à transformer la nature et la fonction des peines[1574]. Au système des peines fixes du Code pénal de 1791 a succédé le système plus souple du minimum et du maximum introduit dans le Code pénal de 1810. A la suite des lois du 15 mai 1838 et du 15 mai 1849, les circonstances atténuantes ont été introduites dans le Code pénal de 1867 (art. 79 à 85). Celui-ci fut immédiatement complété par la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, entrée en vigueur en même temps que le Code[1575].

Les circonstances atténuantes sont des circonstances qui accompagnent l'infraction et dont le juge *peut* tenir compte pour atténuer la peine prévue par la loi au point de descendre en dessous du minimum légal. Elles se distinguent ainsi des causes d'excuse atténuantes qui sont obligatoires pour le juge. Elles représentent un exemple de collaboration du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire dans la détermination de la peine : la loi fixe l'admissibilité des circonstances atténuantes et leurs conséquences sur la mesure de la peine ; le juge apprécie souverainement[1576] les éléments qui peuvent être retenus à titre de circonstances atténuantes : l'importance du préjudice, le mobile, la situation personnelle, familiale ou l'état de santé du prévenu, la spontanéité de ses aveux, la réparation du préjudice, l'absence d'antécédent judiciaire, etc.

> « Les circonstances atténuantes peuvent « notamment concerner l'infraction elle-même, ses circonstances et ses effets, la part du prévenu dans l'infraction et son degré de culpabilité dans l'infraction, les éléments propres à la personne du prévenu et l'objectif que le juge vise par la répression »[1577].

L'interprétation très large des circonstances atténuantes pose la question de leur nature. Certaines circonstances atténuantes se rattachent aux faits matériels et visent à concrétiser la répression en réalisant « une plus juste proportion entre les délits et les châtiments »[1578] ; d'autres se rapportent à la « criminalité personnelle » de l'agent[1579].

Quel est, dès lors, le *sens* des circonstances atténuantes dont les auteurs s'accordent à reconnaître qu'elles ont presque entièrement rénové le droit pénal[1580]? Si, à première vue, les circonstances atténuantes apparaissent comme un adoucissement de la répression, en dernière analyse elles constituent plutôt un mécanisme de renforcement de celle-ci, obéissant aux principes de la pensée utilitariste : « l'impunité naît de l'atrocité des supplices... si les lois sont

---

1573 J. LECLERCQ, « Les effets de l'abrogation des lois modificatives et abrogatoires et la règle de l'unanimité dans la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes », *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 931 et s.

1574 *Cf.* M. VAN DE KERCHOVE, Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis, *op. cit*., p. 28 et s.

1575 E. DE LE COURT, « Considérations historiques et d'actualité sur les circonstances atténuantes et la correctionnalisation », *Rev. dr. pén. crim.*, 1959-1960, p. 127 et s.

1576 Cass., 12 avril 1965, *Pas.*, I, p. 867 ; Cass., 13 février 2007.

1577 Cass., 5 juin 2007.

1578 A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, 2e éd. belge, annotée par J.S.G. Nypels, 2 t., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1859, p. 30.

1579 *Pand., v° Circonstances atténuantes*, t. 19, Bruxelles, Larcier, 1886, col. 637.

1580 A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, p. 10.

trop cruelles, l'impunité naît fatalement des lois elles-mêmes »[1581]. HAUS l'a fort bien perçu lorsqu'il constate que « le système raide et inflexible du Code pénal a produit de graves inconvénients : les pieux mensonges du jury et l'exercice trop fréquent du droit de grâce ». Et il en tire la conséquence logique : « le plus sûr moyen d'arrêter ces abus dans leur principe est d'accorder au juge une plus grande latitude dans l'application des peines »[1582]. Le jugement porté par L. CORNIL sur la loi du 23 août 1919 qui a permis de descendre plus bas dans l'échelle des peines procède de la même logique. Cette loi, dit-il, « a eu pour effet de renforcer la répression, non de la compromettre »[1583].

Il convient de distinguer les deux stades auxquels peuvent être admises des circonstances atténuantes. D'une part, les circonstances atténuantes peuvent être admises au stade de préliminaire du procès pénal et autorisent la correctionnalisation d'un crime ou la contraventionnalisation d'un délit. D'autre part, elles peuvent être admises au stade du jugement, autorisant le juge à diminuer la peine qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention.

A. L'admission de circonstances atténuantes au stade présentenciel

Au-delà des circonstances atténuantes permettant au juge du fond de descendre en dessous du minimum légal, les circonstances atténuantes (tout comme les causes d'excuse) permettent également d'opérer, au stade préliminaire du procès pénal, soit la correctionnalisation d'un crime afin de le porter à la connaissance du tribunal correctionnel, soit la contraventionnalisation d'un délit afin de le renvoyer devant le tribunal de police.

Ces mécanismes de correctionnalisation et de contraventionnalisation trouvent leur siège dans la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, modifiée à plusieurs reprises, notamment, par la loi du 5 février 2016 (dite pot-pouri II) afin d'autoriser la correctionnalisation de tous les crimes. Dans son arrêt du 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle a néanmoins considéré que cette réforme était contraire à l'article 150 de la Constitution qui réserve le jugement des crimes à la cour d'assises[1584]. La Cour constitutionnelle a dès lors annulé les articles de la loi du 4 octobre 1867 permettant la correctionnalisation de tous les crimes, de sorte qu'on en revient à la situation antérieure à la loi du 5 février 2016, soit la loi telle que modifiée par la loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises.

En vertu de l'article 2, alinéa 1er de cette loi, « dans les cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel »[1585]. Afin d'éviter le détour systématique par la chambre du conseil, cette compétence est également octroyée, depuis la loi du 11 juillet 1994, au ministère public qui peut ainsi, dans les cas où une instruction n'a pas été requise et « s'il estime qu'il n'y pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer ou convoquer directement le prévenu devant le tribunal correctionnel » (art. 2, al. 2).

1581 C. BECCARIA, Des délits et des peines, 1764, p. 94-95.

1582 J.J. HAUS, Observations sur le projet de révision du Code pénal …, *op. cit*., p. 51.

1583 L. CORNIL, *Le droit pénal et la procédure pénale après la tourmente*, Les Novelles, Procédure pénale, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1946, p. 43.

1584 Arrêt n° 148/2017.

1585 Voy., également, Cass., 13 février 2007.

Si la correctionnalisation d'un crime est toujours possible sur la base d'une cause d'excuse, elle n'est envisageable, par l'admission de circonstances atténuantes, que dans les cas expressément visés par la loi (art. 2, al. 3). La logique est la suivante : en principe, un crime ne peut être correctionnalisé s'il est punissable de plus de vingt ans de réclusion (art. 2, al. 3, 1°) ; des exceptions sont néanmoins prévues dans certains cas (2° à 14°). Ainsi, la loi du 13 avril 1995 relative aux abus sexuels contre les mineurs autorise la correctionnalisation du viol commis sur un enfant de moins de dix ans, punissable de la réclusion à perpétuité (5°). Un renvoi devant le tribunal correctionnel, qui peut ordonner le huis clos, peut être plus adéquat pour l'enfant qu'un renvoi devant la cour d'assises.

Afin de désengorger la cour d'assises, la loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises[1586] a élargi le champ d'application de la correctionnalisation en allongeant la liste des crimes correctionnalisables par l'admission des circonstances atténuantes malgré qu'ils emportent, *in abstracto*, une peine de réclusion supérieure à vingt ans. Il s'agit notamment d'une tentative de crime punissable de la réclusion à perpétuité (2°), de la prise d'otages (4°) ou encore du vol avec violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (9°).

Pour calculer le maximum de la peine applicable, le juge correctionnel doit prendre en compte l'article 25 du Code pénal qui l'autorise, en cas de correctionnalisation d'un crime, à prononcer une peine d'emprisonnement allant de cinq à vingt ans[1587]. Pour le minimum, le juge doit se tourner vers l'article 80 du Code pénal l'autorisant à descendre entre un mois et trois ans d'emprisonnement. La correctionnalisation entraîne automatiquement une dénaturation de la peine et, dès lors, de l'infraction (de crime à délit).

Le tribunal correctionnel saisi d'un crime correctionnalisé ne peut décliner sa compétence sauf s'il est saisi par le ministère public (art. 3, al. 1er et 2). Néanmoins, le juge correctionnel est autorisé à retenir lui-même les circonstances ou les causes d'excuse afin de connaître d'un crime qui n'aurait pas (ou pas valablement) été correctionnalisé dans l'acte de saisine du ministère public ou de la chambre du conseil (art. 3, al. 3). Ce mécanisme a notamment pour but d'éviter le recours à la procédure de règlement des juges, du ressort de la Cour de cassation, en cas de conflit négatif de compétence[1588].

Un mécanisme similaire[1589] est prévu en ce qui concerne les délits afin de permettre à la chambre du conseil ou au ministère public de saisir le tribunal de police d'un fait punissable d'un emprisonnement ou d'une amende lorsqu'ils estiment qu'il y a lieu de réduire, sur la base des circonstances atténuantes, ces peines au taux des peines de police (art. 4 et 5). Dans ce cas-ci, le juge doit se tourner vers l'article 28 du Code pénal pour connaître le maximum de la peine applicable et vers l'article 85 du Code pénal pour en connaître le minimum. La contraventionnalisation entraîne automatiquement une dénaturation de la peine et, dès lors, de l'infraction (de délit à contravention).

1586 Voy. A. MASSET et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises : première lecture critique », *J.T.*, 2010, n° 6390, p. 221 et s.

1587 Ces maxima peuvent être augmentés en cas de récidive. Pour plus de précisions, voy. *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 4. La récidive, § 4. Les effets de la récidive, A. Aggravation de la peine.

1588 Voy. G.-F. RANERI, « Du nouveau en matière de circonstances atténuantes et de règlement de juges », *J.T.*, 2008, n° 6332, p. 733 et s.; Cass., 8 octobre 2008, *L.M.B.*, 2009, n° 14, p. 636 et s., note O. Michiels .; Cass., 6 janvier 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, n° 12, p. 1201 et s, note D. DILLEMBOURG et J. MOINIL.

1589 Sous réserve que la contraventionnalisation ne peut s'opérer que sur la base de circonstances atténuantes et non de causes d'excuse.

B. L'admission de circonstances atténuantes au stade du jugement

Toutes les juridictions de jugement peuvent admettre des circonstances atténuantes (tribunal de police, tribunal correctionnel, cour appel et cour d'assises). Si les circonstances atténuantes sont laissées à l'appréciation du juge du fond, une fois admises, elles le privent de prononcer la peine maximale et l'obligent à réduire ou à modifier les peines dans les limites fixées par la loi.

> « Attendu qu'en constatant l'existence de circonstances atténuantes en faveur de l'auteur d'un crime, le juge s'oblige à réduire ou modifier la peine que la loi attache à ce crime »[1590].

Pour les *crimes*, la réduction de peine est obligatoire (« la réclusion sera remplacée ») respectivement jusqu'à trois ans, un an, six mois ou un mois d'emprisonnement suivant la gravité de la peine (art. 80 du Code pénal). L'article 81 concerne la réduction des peines pour les crimes contre la sûreté extérieure de l'État. L'amende peut être réduite sans pouvoir être inférieure à vingt-six euros (art. 83). En vertu de l'article 84 du Code pénal, le juge a la faculté de condamner les coupables, dont la peine criminelle aura été comminée en un emprisonnement à la suite d'une correctionnalisation, à une amende de vingt-six euros à mille euros[1591]. Lorsque dans les cas de concours d'infractions les peines criminelles sont réduites au taux des peines correctionnelles, la juridiction de jugement pourra néanmoins ne prononcer qu'une peine unique (art. 82).

En ce qui concerne les *délits*, la réduction de peines est facultative (« pourront ») et est possible jusqu'à un jour d'emprisonnement, à vingt heures de peine de travail, à six mois de peine de probation autonome et un euro d'amende[1592]. En cas d'admission de circonstances atténuantes, les juges ont également la possibilité de ne prononcer que l'emprisonnement ou que l'amende là où la loi leur impose de les cumuler (art. 85, al. 2)[1593] ou de substituer à l'emprisonnement, une amende de maximum 500 euros (art. 85, al. 3). Ils peuvent enfin prononcer l'interdiction des droits civils ou politiques pour un terme inférieur allant d'un an à cinq ans, voire les remettre entièrement (art. 85, al. 5).

L'article 85 est une des exceptions prévues par l'article 100 du Code pénal. En cas de violation à des lois ou règlements particuliers, il ne peut normalement, même en cas de circonstances atténuantes, être infligé une peine inférieure au minimum fixé que si ceux-ci le prévoient

---

1590 Cass., 14 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 404 ; Cass., 21 février 2018, *Pas*., 2018, p. 380.

1591 La Cour de cassation a cependant décidé que cette disposition ne s'applique pas si la loi prévoit pour l'infraction, outre une peine privative de liberté, une amende obligatoire ou facultative (Cass., 13 janvier 2004, *Pas.*, 2004, n° 18 ; Cass., 10 octobre 2017, *Pas*., 2017, n° 541). Elle n'est pas non plus applicable lorsque la tentative de crime est légalement punissable d'une peine correctionnelle et
non criminelle puisque, dans ce cas, le remplacement d'une peine criminelle par une peine correctionnelle ne résulte pas de l'admission
de circonstances atténuantes mais de la circonstance de tentative, Fr. KUTY *et. al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2021, p. 424.

1592 Depuis la loi du 5 février 2016, la peine de surveillance électronique ne peut plus descendre en-dessous d'un mois.

1593 La Cour d'appel de Gand a refusé de prononcer une peine d'amende, qu'elle s'est dispensée de prononcer à la suite de l'admission de circonstances atténuantes en application de l'article 85 du Code pénal, au motif que le prévenu se trouvait dans « une situation financière extrêmement lamentable » (Gand, 29 novembre 2019, *R.W.*, 2019-2020, p. 539, cité par Fr. KUTY *et. al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2021, p. 424).

expressément[1594]. Les lois particulières prévoient en général un régime dérogatoire. Ainsi, l'article 6 de la loi du 24 février 1921 sur les drogues stipule que : « les dispositions du Livre I du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables aux infractions prévues par celle-ci ».

S'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, la Cour de cassation a néanmoins décidé que, malgré l'absence de dérogation expresse à l'article 100 du Code pénal dans la législation particulière, les juges d'appel avaient à bon droit retenu les circonstances atténuantes afin de ne pas prononcer la peine d'emprisonnement prévue par la loi[1595]. Plus fondamentalement, la Cour d'arbitrage a considéré que l'article 39, alinéa 1er de la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et au contrôle des produits soumis à accise (qui ne contient pas de disposition dérogatoire à l'article 100 du Code pénal de sorte que l'article 85 ne s'applique pas) viole 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, en ce qu'il ne permet pas au juge pénal de modérer l'amende lorsqu'il existe des circonstances atténuantes[1596].

Par la suite, la Cour constitutionnelle a annulé ladite disposition en spécifiant qu'une amende fixée au décuple des droits éludés sans prévoir de taux minimal, peut avoir des effets disproportionnés par rapport au but légitime poursuivi et porter atteinte au respect des biens, garanti par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme[1597]. La Cour de cassation a, en conséquence, décidé que « tant que la loi ne règle pas différemment la matière, le juge qui sanctionne une infraction aux dispositions de la loi (...), peut librement admettre les circonstances atténuantes – sans y être tenu – et lorsqu'il le fait, il peut, indépendamment du prescrit de l'article 195, alinéas 2 et 3 du Code d'instruction criminelle, librement réduire l'amende »[1598]. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a répété que le juge pénal peut combler la lacune législative en s'attribuant le pouvoir d'admettre des circonstances atténuantes tout en indiquant qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur et de « fixer par lui-même, à la place du législateur, le minimum de l'amende et donc l'étendue de son pouvoir d'appréciation. Il ne lui appartient pas de définir, dans le silence de la loi, jusqu'où l'amende doit pouvoir être réduite afin d'éviter toute atteinte condamnable aux droits fondamentaux »[1599].

En revanche, dans un arrêt du 14 février 2008, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 29, § 4 des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par l'arrêté royal du 16

1594 Cass., 27 juin 1984, *Pas.*, I, p. 1308 ; Cass., 14 septembre 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 85 : Cass., 13 octobre 2009.

1595 En l'espèce, il s'agissait de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions et allocations (Cass., 13 octobre 2009).

1596 C.A., 8 novembre 2006, arrêt n° 165/2006. Elle a émis les mêmes considérations dans ses arrêts du 14 septembre 2006 et du 7 juin 2007 (arrêt n° 138/2006 et 91/2007 à propos de l'article 23 de la loi du 22 octobre 1997 relative à la structure et aux taux des droits d'accise sur les huiles minérales), du 11 janvier 2007 (arrêt n° 8/2007 à propos de l'article 221, § 1er, de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977), du 22 novembre 2007 (arrêt n° 144/2007 à propos de l'article 3*bis*, § 3, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités). La situation a, depuis lors, été régularisée par la loi du 28 avril 2009 qui modifie l'article 3*bis*, § 4, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités afin d'autoriser dorénavant le tribunal de commerce à prononcer la peine d'interdiction pour une durée inférieure à trois ans.

1597 C.C., 30 octobre 2008, arrêt n° 140/2008.

1598 Cass., 5 juin 2007, *Pas.*, n° 83.

1599 Cass., 2 septembre 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, n° 1, p. 80 et 89.

mars 1968, tel qu'il a été remplacé par la loi du 20 juillet 2005, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où la différence de traitement avec l'article 35 de la même loi, qui autorise l'application de circonstances atténuantes, est fondée sur un critère objectif, en l'occurrence le fait d'être ou pas en état d'imprégnation alcoolique ou d'ivresse. « Il est pertinent et non disproportionné, par rapport à l'objectif visé (...), que le législateur, après avoir pris la mesure de la gravité de la conduite en état d'ivresse, ne permette pas l'application de circonstances atténuantes au conducteur d'un véhicule automoteur convaincu de rouler en état d'ivresse sur la voie publique » (arrêt n° 13/2008). L'argumentation de la Cour constitutionnelle semble ainsi conditionner l'admissibilité légale des circonstances atténuantes au seuil de gravité de l'infraction.

Lorsqu'il s'agit d'une *contravention*, l'amende pourra être réduite au-dessous de cinq euros, sans être inférieure à un euro (art. 566).

Ces réductions de peine, si elles entraînent une modification de leur nature juridique, confèrent définitivement au crime un caractère correctionnel et au délit un caractère contraventionnel, avec les conséquences qui en découlent au niveau de la procédure pénale (par exemple, l'extinction de l'action publique par prescription). La nouvelle qualification est acquise dès le jour où l'infraction a été commise[1600].

Section 5. Les modalités de la peine

Par modalités de la peine, nous entendons les mesures susceptibles d'affecter le prononcé ou l'exécution de la peine, aux conditions et selon les procédures fixées par la loi. Il s'agit, d'une part, de la suspension du prononcé qui affecte le prononcé de la condamnation et, d'autre part, du sursis qui affecte l'exécution de la peine.

Ces deux modalités visent à réduire les inconvénients liés au prononcé de la condamnation et à l'exécution de la peine, tout en mettant le condamné à l'épreuve.

> « Le législateur a opté à diverses reprises pour l'individualisation des peines, en laissant au juge un choix quant à la sévérité de la peine, en lui permettant de tenir compte de circonstances atténuantes et en l'autorisant à accorder des mesures de sursis et de suspension du prononcé (...). Ces mesures ont été prévues dans le but d'éliminer ou d'atténuer les effets infamants qui s'attachent à une condamnation pénale »[1601].

Étant marquées par la doctrine de la défense sociale, ces deux modalités visent également la « mise à l'épreuve » du délinquant. La loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal inaugure le mouvement ; la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation poursuit l'évolution, tout en dissociant les deux matières, celle de la libération conditionnelle qui est restée réglée par la loi du 31 mai 1888 et celle de la condamnation conditionnelle qui a été intégrée dans les nouvelles dispositions sur la suspension et le sursis.

1600 Bruxelles (mis. acc.), 27 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 342; Cass., 24 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 679 ; Cass., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307.

1601 C.A., 18 janvier 2006, n° 8/ 2006.

La loi du 29 juin 1964 a été modifiée à plusieurs reprises par les lois du 10 février 1994, du 22 mars 1999[1602], du 28 mars 2000, du 28 novembre 2000, du 17 avril 2002, du 27 décembre 2012[1603], du 10 avril 2014[1604] du 25 avril 2014[1605], par la loi du 5 février 2016[1606] dite pot-pourri II et enfin, par la loi du 21 mars 2022[1607].

§ 1. La suspension du prononcé de la condamnation

La suspension du prononcé cherche à réduire les inconvénients inhérents au prononcé d'une condamnation (stigmatisation, désocialisation, etc.) et, dès lors, à stimuler l'amendement.

> « Le suivi rigoureux auquel s'est astreint le prévenu, la poursuite prometteuse de ses études, l'indemnisation de la partie civile et la prise de conscience de la gravité de ses actes, son jeune âge et l'absence d'antécédents judiciaires, le souci de ne pas obérer son avenir professionnel justifient qu'il soit accédé à sa demande de bénéficier de la suspension du prononcé de la condamnation »[1608].

La suspension peut être ordonnée, de l'accord de l'inculpé[1609] par les *juridictions de jugement* à l'exception toutefois des cours d'assises (art. 3, al. 1er). Elle peut également être ordonnée par les *juridictions d'instruction* lorsqu'elles estiment que la publicité des débats pourrait provoquer le déclassement de l'inculpé ou compromettre son reclassement (art. 3, al. 2)[1610].

La suspension peut toujours être ordonnée d'office, requise par le ministère public ou demandée par l'inculpé (art. 3, al. 3). La décision ordonnant ou refusant la suspension[1611] et, le cas échéant, la probation doit être motivée conformément à l'article 195 du Code d'instruction criminelle (art. 3, al. 4)[1612].

1602 A ce sujet, *cf.* notamment G. DEMANET, « La loi du 22 mars 1999 modifiant la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 914 et s.

1603 Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice.

1604 Loi du 10 avril 2014 insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

1605 Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice.

1606 Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice.

1607 Loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel.

1608 Corr. Nivelles, 18 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, n° 30, p. 1403.

1609 Cass., 4 janvier 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 426 ; Cass., 31 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 196 ; Cass., 7 novembre 2001, *J.T.*, 2001, p. 923, obs. A.M. Zahner et O. Klees.

1610 Sur la notion de déclassement et de reclassement, voy. Bruxelles (mis. acc.), 17 avril 1986, *Pas.*, 1987, II, p. 113.

1611 La Cour de cassation se montre plus exigeante en ce qui concerne la motivation des décisions de refus d'accorder la suspension du prononcé (Voyez Cass. 8 novembre 2016, *Pas*., 2016, n° 628). Elle a censuré une décision considérant que la suspension du prononcé est insuffisante pour réprimer la prévention établie et constitue un signal trop faible pour inciter le prévenu à faire preuve de prudence dans la circulation, sans que le juge vérifie si une peine effective est susceptible de nuire à la réinsertion et à la rescoialisation du prévenu (Cass., 8 mai 2018, *N.C*., 2018, p. 490, note L. Claes).

1612 Cass., 6 décembre 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 92. Une ordonnance de la chambre du conseil qui prononce la suspension doit mentionner de façon concrète et précise les motifs pour lesquels cette juridiction d'instruction estime devoir ordonner la suspension. La simple énumération des conditions légales auxquelles il doit être satisfait pour pouvoir accorder la suspension est insuffisante à cette fin (Liège (mis. acc.), 16 octobre 1991, *J.T.*, 1991, p. 743). A été considéré comme motivation suffisante, le fait de refuser d'accorder la mesure à défaut d'avoir constaté chez le demandeur une volonté d'amendement (Cass., 16 février 2011). Dans un arrêt du

Dans ce contexte, l'octroi de la suspension est soumis à plusieurs conditions.

Premièrement, les antécédents judiciaires ne doivent présenter aucune condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de six mois (avec ou sans sursis) ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre État membre (art. 3, al. 1er). Pour l'application de cette condition aux personnes morales, l'emprisonnement de plus de six mois est remplacé par une amende de plus de douze mille euros (art. 18*bis*). La condamnation à une peine de travail, de probation autonome, de surveillance électronique ou d'amende (sauf pour les personnes morales) ne fait dès lors pas obstacle à l'octroi d'une suspension du prononcé. Par ailleurs, l'article 9 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques élargit les conditions d'obtention de la suspension et du sursis concernant les condamnations antérieures, en stipulant : « les personnes qui ont, en vue de leur consommation personnelle, illégalement fabriqué, acquis ou détenu des substances visées à l'article 2*bis*, § 1er, peuvent bénéficier des dispositions de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis ou la probation, même si elles ne remplissent pas les conditions prévues aux articles 3 et 8 de la loi précitée, relatives aux condamnations antérieures qu'elles auraient encoures (…) »[1613].

Deuxièmement, le fait soumis au juge ne doit pas paraître de nature à entraîner, comme peine principale, un emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans ou une peine plus grave[1614] (art. 3, al. 1er), ce qui signifie que le juge doit apprécier la peine qu'il serait susceptible d'appliquer, suite à l'admission des circonstances atténuantes (appréciation *in concreto*). Le champ d'application de la suspension est dès lors relativement large puisqu'elle peut s'appliquer à toutes les infractions, en ce compris les crimes, sauf ceux qui ne peuvent être correctionnalisés dans la mesure où la cour d'assises ne peut prononcer la suspension du prononcé. Pour l'application de cette condition aux personnes morales, l'emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans est remplacé par une amende supérieure à cent vingt mille euros (art. 18*bis*)[1615].

Enfin, la prévention doit être déclarée établie et l'inculpé doit marquer son accord (art. 3, al. 1er)[1616].

---

18 mars 1998, la Cour d'arbitrage décide que l'article 135 du C.I.cr. ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas à l'inculpé d'exercer un recours à l'encontre d'une ordonnance de la chambre du conseil lui refusant le bénéfice de la suspension du prononcé (C.A., 18 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 664).

1613 Voy. A. DE NAUW, « La suspension et le sursis en matière de stupéfiants et le délit collectif », *Rev. dr. pén. crim.*, 1985, p. 113 et s. ; Cass., 6 juin 1990, *Pas.*, I, p. 1133, note, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1119, note O. Klees : cette disposition s'applique même si les substances sont importées par la personne qui les détient; A. DE NAUW, « Tien jaar drugwet (1985-1995) », *R.W.*, 1996-1997, p. 454 et s.; Bruxelles, 10 septembre 1997, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 121.

1614 Il a cependant été jugé que la demande de suspension du prononcé de la peine reste réservée aux infractions d'une certaine importance, de simples peines d'amende n'étant pas en général, de nature à porter préjudice au reclassement du prévenu (Pol. Verviers, 4 juin 1995, *J.L.M.B.*, 2000, p. 77).

1615 Concernant l'application de la suspension du prononcé à une personne morale, voy. Corr. Bruxelles (40e ch.), 8 janvier 2008, où une société de droit commercial, reconnue coupable d'intrusion informatique dans l'ordinateur d'un de ses employés (art. 550*bis* C.P.), bénéficie de la suspension du prononcé de la condamnation pendant deux ans au motif que « la publicité des débats serait de nature à provoquer des réflexions malveillantes ou à tout le moins critiques, hautement préjudiciables à la s.a. S., assimilable à un risque grave de déclassement », *J.T.*, 2008, n°6311, p. 337-338 et obs. A Leroy.

1616 Cass., 4 janvier 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 426, note J.S. ; Cass., 31 mai 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1310, note M. Gelders ; Cass., 12 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 519 (l'accord du prévenu ne constitue pas un aveu de culpabilité).

Le prononcé de la condamnation est suspendu pendant une *durée* – que l'on appelle le délai d'épreuve – d'un an au moins et de cinq ans au plus[1617]. La suspension du prononcé revient ainsi à déclarer le prévenu coupable des faits (déclaration de culpabilité) sans prononcer de peine[1618] tout en le soumettant à un délai d'épreuve.

La *procédure* devant les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement est déterminée aux articles 4 et 5 de la loi. Les décisions judiciaires ordonnant la suspension sont prononcées en audience publique. Les juridictions de jugement et les juridictions d'instruction sont compétentes pour statuer sur l'action civile[1619] et prononcer, s'il y a lieu, la confiscation spéciale (art. 6). Depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997, les décisions judiciaires relatives à la suspension du prononcé sont inscrites dans le casier judiciaire central, mais elles ne figurent ni parmi les informations enregistrées dans le casier judiciaire auxquelles peuvent accéder certaines administrations publiques, ni parmi celles qui sont inscrites sur l'extrait du casier judiciaire délivré, à sa demande, à la personne concernée[1620].

La *révocation* de la suspension du prononcé est toujours facultative et peut intervenir « en cas de nouvelle infraction commise pendant le temps d'épreuve et ayant entraîné une condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal d'au moins un mois » ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne (art 13, § 1er). Pour les personnes morales, la peine d'emprisonnement d'au moins un mois est remplacée par une amende d'au moins cinq cents euros (art. 18*bis*). Par ailleurs, « si la juridiction ne révoque pas la suspension, elle peut remplacer la suspension simple par la suspension probatoire ou assortir celle-ci de nouvelles conditions » (art. 13, § 2).

En outre, « la suspension probatoire peut également être révoquée si la personne n'observe pas les conditions imposées et que cette inobservation a paru suffisamment grave à la commission de probation pour être signalée au ministère public. Dans ce cas, la juridiction peut, au lieu de révoquer la suspension probatoire, l'assortir de nouvelles conditions » (art. 13, § 3). Encore faut-il, lorsqu'il assortit la suspension de nouvelles conditions, que le tribunal soit toujours dans le délai d'épreuve initialement fixé[1621].

1617 En raison du délai d'épreuve qu'implique la suspension du prononcé, la Cour de cassation a considéré que l'arrêt qui remplace une déclaration de culpabilité en raison du dépassement du délai raisonnable, doit être rendu à l'unanimité des membres du siège, dès lors qu'il aggrave la situation du demandeur (Cass., 25 avril 2007).

1618 A défaut de peine, la suspension du prononcé ne peut servir de base à la récidive légale (Cass., 19 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 500).

1619 Cass., 18 septembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 539 ; en omettant de statuer sur les actions civiles et en ne prononçant pas la réouverture des débats pour permettre aux parties civiles de conclure sur le fondement de leurs actions, l'arrêt qui ordonne la suspension du prononcé viole les droits de la défense de l'article 6, al. 3, de la loi du 29 juin 1964.

1620 Néanmoins, si l'extrait de casier judiciaire est sollicité en vue d'accéder à une « activité qui relève de l'éducation, de la guidance psycho-médico-sociale, de l'aide à la jeunesse, de la protection infantile, de l'animation ou de l'encadrement de mineurs », il doit mentionner un certain nombre de condamnations et de décisions – dont la suspension du prononcé – pour des faits commis à l'égard d'un mineur et pour autant que cet élément soit constitutif de l'infraction ou qu'il en aggrave la peine.

1621 Cass., 20 juin 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 67: « Si l'article 13, § 3, de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, donne le pouvoir au tribunal, saisi de l'action en révocation de la suspension probatoire pour inobservation des conditions, d'assortir la mesure de nouvelles conditions au lieu de la révoquer, cette disposition n'autorise pas ledit tribunal à allonger le délai d'épreuve fixé dans la décision initiale, ni à faire courir un nouveau délai d'épreuve; dès lors, lorsque le tribunal statue après l'expiration du délai d'épreuve, il n'a pas le pouvoir d'imposer de nouvelles conditions dans le cadre d'une mesure dont le délai est expiré ».

Si la suspension est révoquée, la peine d'emprisonnement principal prononcée pour les faits qui y ont donné lieu ne peut dépasser cinq ans (art. 13, § 4). Pour les personnes morales, la peine d'emprisonnement de cinq ans est remplacée par une amende de cent vingt mille euros (art. 18bis). La procédure à suivre par les juridictions de jugement est celle prévue par l'article 5, § 2, pour l'octroi de la suspension et les décisions sont susceptibles des voies de recours prévues par le Code d'instruction criminelle (art. 13, § 5).

Enfin, en cas de nouvelle infraction, l'action tendant à la révocation et au prononcé de la condamnation pour les faits qui ont donné lieu à la suspension est prescrite après trois ans à compter du jour où la condamnation prononcée pour la nouvelle infraction a acquis force de chose jugée; en revanche, en cas d'inobservation des conditions, l'action doit être intentée au plus tard dans l'année et elle est prescrite après une année révolue à compter du jour où la juridiction compétente a été saisie (art. 13, § 6)[1622].

Les peines prononcées à la suite de la révocation de la suspension du prononcé ou du sursis à l'exécution sont *cumulées*, sans limite, avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction (art. 16). La procédure dans le cadre des *nouvelles poursuites* est fixée par l'article 17.

À défaut de révocation de la suspension du prononcé pendant le délai d'épreuve, la prescription de l'action publique est éteinte (art. 18, § 1er, al. 2) et met définitivement fin aux poursuites (art. 3, al. 5).

§ 2. Le sursis à l'exécution des peines

L'idée de base est analogue à celle de la suspension : réduire les inconvénients inhérents à l'exécution des peines, notamment des courtes peines de prison et stimuler l'amendement par la menace de l'exécution de la condamnation. Il a été jugé que le « sursis n'est pas une peine mais une mesure affectant l'exécution de la peine »[1623].

Les juridictions de jugement, en ce compris la cour d'assises, peuvent *ordonner* qu'il sera « sursis à l'exécution, soit du jugement ou de l'arrêt, soit de tout ou partie des peines principales ou subsidiaires » (art. 8, § 1er, al. 1er). Le juge refusant l'octroi du sursis doit sur la base de cette disposition motiver sa décision conformément aux dispositions de l'article 195 du Code d'instruction criminelle. Il doit dès lors indiquer, d'une manière qui peut être succincte mais précise, les raisons de sa décision[1624].

Le sursis implique dès lors, contrairement à la suspension du prononcé, la condamnation à une peine. Il peut s'appliquer à toutes les peines, sauf les peines dites alternatives (peine de travail, de probation autonome et de surveillance électronique), la peine confiscation spéciale et les peines subsidiaires.

1622 La Cour de cassation rappelle régulièrement que l'action en révocation d'un sursis probatoire (le raisonnement vaut également pour la suspension) constitue une action publique de sorte que sa prescription est susceptible d'être interrompue et suspendue conformément aux règles du Titre préliminaire du Code de procédure pénale (Cass., 9 mai 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, n° 9-10, p. 891 à 895, note ; Cass., 21 octobre 2008).

1623 Cass., 12 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 364.

1624 Dès lors, la juridiction d'appel renvoyant à la motivation du premier juge, mais supprimant le sursis accordé par ce dernier, viole l'article 195 du Code d'instruction criminelle (Cass., 14 novembre 2017, *T. Strafr.*, 2018, p. 370, note E. Baeyens).

Le sursis peut être simple ou probatoire (art. 1er, § 2) et, dans ce dernier cas, le condamné doit s'engager à respecter les conditions que la juridiction détermine (art. 8, § 2)[1625]. La décision ordonnant ou refusant le sursis et, le cas échéant, la probation doit être motivée conformément aux dispositions de l'article 195 du Code d'instruction criminelle[1626]. Toutefois, la Cour de cassation estime que « le juge décide souverainement, dans les limites établies par la loi, s'il y a lieu d'accorder à certains prévenus un sursis à l'exécution de la condamnation et de le refuser à d'autres, même s'ils se trouvent dans une situation semblable »[1627].

En ce qui concerne les *conditions* d'octroi du sursis relatives aux antécédents judiciaires, il faut distinguer le sursis simple du sursis probatoire. Le sursis simple ne peut être ordonné lorsque le condamné a encouru antérieurement une condamnation à un emprisonnement principal de plus de douze mois ou à une peine équivalente prise en compte conformément à l'article 99*bis* du Code pénal (art. 8, § 1er). La loi du 21 mars 2022 (entrée en vigueur le 1er juin 2022) a supprimé toute exigence quant aux antécédents judiciaires pour l'octroi du sursis probatoire. En ce qui concerne le sursis simple, tout comme pour la suspension du prononcé, la condamnation à une peine de travail, de probation autonome, de surveillance électronique ou d'amende ne fait pas obstacle à l'octroi d'un sursis. De même, en cas d'application de l'article 65, alinéa 2 du Code pénal, les condamnations antérieurement prononcées, y compris à l'étranger, pour des faits unis par une même intention délictueuse ne font pas obstacle à l'octroi d'un sursis (art. 8, § 1er, al. 2). Enfin, comme dans le cadre de la suspension du prononcé, « les personnes qui ont, en vue de leur consommation personnelle, illégalement fabriqué, acquis ou détenu des substances visées à l'article 2*bis*, § 1er, peuvent bénéficier des dispositions de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis ou la probation, même si elles ne remplissent pas les conditions prévues aux articles 3 et 8 de la loi précitée, relatives aux antécédents judiciaires (article 9 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques).

Concernant la gravité des faits poursuivis, le sursis ne peut être octroyé que si la ou les condamnations prononcées dans le cas d'espèce ne dépassent cinq ans d'emprisonnement (art. 8, § 1er, al. 1er)[1628]. C'est à nouveau ici la peine *in concreto* qui doit être prise en considération, ce qui signifie que le sursis peut s'appliquer à toutes les infractions, à condition que la juridiction - y compris la cour d'assises - ne prononce pas une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Pour l'application de cette condition aux personnes morales, l'emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans est remplacé par une amende supérieure à cent vingt mille euros (art. 18*bis*). La décision doit être motivée (art. 8, § 1er, al. 1er).

L'effet du sursis est de suspendre l'exécution de la condamnation pendant le *délai d'épreuve* qui ne peut être inférieur à une année ni excéder cinq ans à compter de la date du jugement ou de l'arrêt (art. 8, § 1er, al. 3). Une condamnation avec sursis est illégale si la décision ne précise

---

1625 Le sursis simple n'implique pas l'accord de l'intéressé (voy. Cass., 29 novembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 984, note A. Vandeplas).

1626 Cass., 3 janvier 1995, *Pas.*, I, p. 3; Cass., 7 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 132. Voy. aussi Cass., 17 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1057, note S. Van Overbeke.

1627 Cass., 8 octobre 1996, *Pas.*, I, p. 943.

1628 Si l'article 21*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale autorise le juge, en cas de dépassement du délai raisonnable, à prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi, il ne lui permet pas d'accorder le sursis à l'exécution d'une peine dépassant cinq ans d'emprisonnement (sept ans en l'espèce) (Cass. 28 septembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 675 ; Cass. 16 octobre 2019, *T. Straf.*, 2020, p. 61, obs. P. Hoet).

pas la durée du sursis [1629] . En ce qui concerne les peines d'amende et les peines d'emprisonnement ne dépassant pas six mois, la durée du sursis ne peut pas excéder trois ans (art. 8, § 1er, al. 4 et art. 13)[1630]. Pour les personnes morales, les peines d'emprisonnement ne dépassant pas six mois sont remplacées par des peines d'amende ne dépassant pas douze mille euros (art. 18*bis*). Contrairement à la suspension du prononcé, le sursis est mentionné sur l'extrait de casier judiciaire délivré aux particuliers.

La *révocation* du sursis intervient de plein droit si, pendant le délai d'épreuve, le bénéficiaire commet une nouvelle infraction pour laquelle il est condamné à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de six mois sans sursis ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne (art. 14, § 1er). Pour les personnes morales, la peine de plus de six mois est remplacée par une amende de plus de mille euros (art. 18*bis*). Dans ce cas, le ministère public peut exécuter la condamnation antérieurement prononcée avec sursis. Il y a révocation facultative si une nouvelle infraction commise pendant le délai d'épreuve a entraîné une condamnation à un emprisonnement principal effectif (donc ferme) d'un mois au moins et de six mois au plus ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre État membre (art. 14, § 1er*bis*) ainsi qu'en cas d'inobservation des conditions probatoires (art. 14, § 2). Dans ce dernier cas, l'action en révocation doit être intentée dans l'année (art. 14, § 3) et la juridiction de jugement peut, si elle ne révoque pas le sursis probatoire, l'assortir de nouvelles conditions (art. 14, § 2)[1631].

Si le sursis est révoqué, les peines deviennent exécutoires et sont, le cas échéant, cumulées sans limites avec les peines prononcées pour la nouvelle infraction (art. 16). Les articles 17 et 18 sont communs à la suspension du prononcé de la condamnation et au sursis à l'exécution des peines. À l'expiration du délai, si le sursis n'est pas révoqué, la peine ne pourra plus être exécutée[1632].

Enfin, en vue de l'application de la suspension de la condamnation ou du sursis à l'exécution de la peine (simple ou probatoire), le ministère public et le juge d'instruction peuvent, dans les conditions prévues à l'article 2, faire procéder à un rapport d'information succinct. En outre, le ministère public, le juge d'instruction, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement peuvent faire procéder, d'office ou à la requête du délinquant, en lieu et place du rapport d'information succinct ou en complément à celui-ci, à une enquête sociale sur son comportement et son milieu (art. 2, § 2). Un arrêté royal du 7 juin 2000 détermine les principes généraux en matière d'usage de l'enquête sociale et du rapport d'information succinct dans les matières pénales[1633].

1629 Cass., 17 mars 1993, *Pas.*, I, p. 293 ; Cass. 15 mars 2000 ; Cass. 16 février 2005 : « Le sursis étant un élément de la peine principale, l'illégalité affectant la décision relative au sursis entraîne l'annulation de la condamnation entière ».

1630 M. DE SWAEF, « De wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet », *R.W.*, 1990-1991, p. 1441 et s. ; Cass., 11 décembre 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 430 ; Cass., 20 juin 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1082, note A. Vandeplas ; Cass., 16 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 528.

1631 Cass., 8 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 80 : « Lorsque le premier juge n'a pas révoqué le sursis probatoire mais imposé des conditions de probation supplémentaires, les juges d'appel sont tenus de statuer à l'unanimité pour révoquer le sursis probatoire ».

1632 C'est à ce moment que la peine sera « réputée subie » (Cass., 24 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 1006, note G.D.).

1633 *M.B.*, 10 juin 2000, p. 20541 à 20542.

§ 3. La probation

La suspension et le sursis peuvent être probatoires, c'est-à-dire assortis de certaines conditions que le législateur qualifie de « conditions particulières » et que le bénéficiaire s'engage à respecter[1634]. Dans ce cas elles s'appellent respectivement « suspension probatoire » et « sursis probatoire ». En l'absence de conditions particulières, ces mesures s'appellent « suspension simple » et « sursis simple » (art. 1er, § 2, al. 1er).

Lorsqu'une mesure de probation est envisagée, l'inculpé en est informé avant la clôture des débats et est entendu dans ses observations (art. 1er, § 2). Par ailleurs, si les inculpés ou les condamnés le sont pour un des faits visés aux articles 371/1 à 377, 377*quater* du Code pénal (infractions de mœurs) ou pour un des faits visés aux articles 379 à 387 du même Code (corruption de la jeunesse, prostitution ou outrage public aux bonnes mœurs) lorsque ceux-ci ont été commis sur des mineurs ou avec leur participation, une mesure probatoire ne peut être ordonnée qu'après avoir pris l'avis motivé d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels (art. 9*bis*, al. 1er)[1635].

Les conditions particulières

Si la suspension du prononcé ou le sursis sont probatoires, le consentement du bénéficiaire est obligatoire (art. 3 et 8, § 2). Celui-ci doit, en outre, s'engager à en respecter les conditions[1636].

Depuis la loi du 27 décembre 2012 [1637], la suspension et le sursis probatoire doivent obligatoirement être assortis des conditions suivantes : ne pas commettre d'infractions ; avoir une adresse fixe et notifier tout changement à l'assistant de justice chargé de la guidance ; donner suite aux convocations de la commission de probation et à celles de l'assistant de justice. Ces conditions peuvent être complétées par des conditions individualisées « visant à éviter la récidive et à encadrer la guidance » (art. 1er, § 2*bis*).

Le législateur n'a pas fixé lui-même les conditions individualisées de probation mais il a laissé au juge le soin de les choisir et de les adapter au cas d'espèce[1638]. À cet égard, l'examen de la jurisprudence révèle différentes conditions particulières qui ont été imposées et qui se déclinent le plus souvent sur le mode soit de l'interdiction (interdiction de fréquenter certains lieux comme des débits de boissons ou des salles de jeux; interdiction de consommer de l'alcool; interdiction d'exercer une activité; interdiction de sortir du pays, etc.), soit de l'obligation (obligation de se soumettre à une cure de désintoxication, obligation de se soumettre à un suivi médical ou psychiatrique, obligation de réparer le dommage causé, etc.).

1634 Cass., 29 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 343.

1635 Concernant l'application de cette disposition à un cas concret, *cf.* notamment Corr. Tournai, 13 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, n° 21, p. 932, obs. P. Monville. Voy. aussi Cass., 22 mai 2007 qui rappelle que l'avis n'est obligatoire que si la juridiction ordonne une mesure probatoire, *R.W.*, 2008, n° 23, p. 951 à 952, note A. Vandeplas.

1636 Le juge ne peut toutefois imposer une condition qui équivaudrait à enfreindre la loi (Anvers, 15 octobre 1991, *R.W.*, 1991-1992, pp. 678 et s). Sur le sursis probatoire en matière de droit de l'environnement, voy. Corr. Bruges, 15 octobre 1986, *R.W.*, 1988-1989, p. 303, note M. Faure.

1637 Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 31 janvier 2013).

1638 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., *op. cit.*, p. 467 et s.

Lorsque la condition consiste dans le suivi d'une guidance ou d'un traitement, la commission de probation invite l'intéressé à choisir, avec son accord, un service compétent ou une personne compétente (art. 9*bis*, al. 2).

Lorsque la suspension ou le sursis est ordonné pour l'intégralité d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende, les conditions particulières peuvent notamment consister en l'obligation dans les douze mois qui suivent la date à laquelle le jugement ou l'arrêt est passé en force de chose jugée, de suivre une *formation* déterminée, dont la durée ne peut être inférieure à vingt heures ni supérieure à deux cent quarante heures (art. 1er, 3 et art. 1erbis, 1er)[1639].

La nature de la formation à suivre est déterminée, après avoir entendu l'intéressé, par la commission de probation, compte tenu des observations de celui-ci, en fonction de ses capacités physiques et intellectuelles. Elle désigne également l'organisme ou l'association où ils devront être effectués. Il peut être également, tenu compte, à cet égard, des intérêts des victimes éventuelles (art. 1er*bis*, § 1er, al. 2).

Les formations ne peuvent être suivies « qu'auprès des services publics de l'Etat, des communes, des provinces, des Communautés et des Régions ou auprès d'associations sans but lucratif ou de fondations à but social, scientifique ou culturel » (art. 1er*bis*, § 2, al. 1er).

La formation ne peut toutefois être imposée, pour les mêmes faits, cumulativement avec un emprisonnement effectif, à moins que l'intéressé ait subi une détention préventive pour ces faits et que le juge prononce un emprisonnement qui n'excède pas la détention préventive déjà subie. Dans ce cas, le juge tient compte de la durée de l'emprisonnement prononcé pour déterminer le nombre d'heures de formation (art. 1er, § 3, al. 2).

Distinction avec la peine de probation

La Cour de cassation a déclaré que : « À l'instar de la peine de probation autonome, le sursis probatoire implique l'obligation pour le condamné de respecter des conditions particulières durant le délai d'épreuve. L'intéressé fait également l'objet d'une guidance sociale par un assistant de justice et l'exécution des mesures probatoires est contrôlée, comme pour la peine de probation, par la commission de probation »[1640].

Sursis probatoire et peine de probation se distinguent cependant à plusieurs égards. Pour la peine de probation, aucune exigence n'est liée aux antécédents judiciaires, contrairement au sursis simple. En ce qui concerne la peine *in concreto* que le juge va prononcer, pour la peine de probation, il doit envisager une peine de police ou correctionnelle, tandis que pour le sursis, il ne doit pas envisager une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Le sursis peut être prononcé à l'égard de toutes infractions, ce qui n'est pas le cas de la peine de probation. La peine de probation implique nécessairement une « probation », tandis que le sursis peut être simple et non probatoire. La durée de la peine de probation est de 6 mois à 2 ans tandis que le

---

1639 Les articles 11 et 12 de la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail ont supprimé la référence aux travaux d'intérêt général comme condition probatoire. Ainsi, rien n'empêche d'imposer comme condition probatoire le suivi d'un cours de sensibilisation en matière de sécurité routière, dans le cadre d'un sursis octroyé pour la totalité de la peine d'emprisonnement, même si les autres peines (en l'occurrence une amende et une déchéance du droit de conduire) ne sont assorties que d'un sursis partiel (Cass., 9 septembre 2008).

1640 Cass., 28 juin 2017, *Jurportal* ; la formation ne peut être envisagée que si le sursis concerne la peine principale et est total : Cass., 14 septembre 2021, *T. Straf.*, 2022, p. 49, voy. également les remarques formulées par Frankin Kuty dans la chronique semestrielle de jurisprudence, *Rev. dr. pén. crim*., 2022, p. 488.

délai d'épreuve du sursis est compris entre 1 et 5 ans. En cas de non-respect des conditions, le ministère public peut mettre à exécution la peine subsidiaire qui assortit la peine de probation, en tenant compte de la partie de la peine correctement exécutée ; en cas de révocation du sursis en revanche, la partie de la peine qui s'est déroulée dans le respect des conditions n'est pas prise en compte. C'est d'ailleurs sur cette dernière différence de régime que la Cour constitutionnelle a été appelée à se prononcer dans son arrêt n°12/2019 du 31 janvier 2019. La Cour a déclaré qu'il n'y avait pas de discrimination en ces termes :

> B.7.1. Le sursis probatoire et la probation comme peine autonome participent à un même objectif d'individualisation des peines, afin de laisser au juge un choix quant à la sévérité de la peine et de décider de la peine la plus adaptée aux circonstances et à la personnalité du délinquant.
>
> B.7.2. La Cour doit cependant vérifier si la différence de traitement critiquée est justifiée et n'entraîne pas d'effets disproportionnés pour les catégories de personnes visées en B.5.
>
> B.8.3. L'instauration de nouvelles mesures d'individualisation des peines, telles que la peine de probation autonome, avec un régime spécifique, ne signifie pas que toutes les autres mesures d'individualisation des peines doivent être soumises à un régime analogue.
> L'objectif de diversifier la palette des sanctions invite au contraire à ce que les mesures d'individualisation des peines obéissent à des règles qui leur sont propres, pour autant que celles-ci soient raisonnablement justifiées au regard du but et des effets de chaque mesure
>
> B.10.4. Compte tenu de ces différences entre le sursis probatoire et la peine de probation autonome, le législateur pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, prévoir des modalités différentes en cas de non-respect des conditions probatoires. La possibilité pour le juge de décider d'une mesure de sursis probatoire ou d'une peine de probation autonome, avec comme conséquence l'application du régime propre à chacune de ces mesures, correspond d'ailleurs à l'objectif du législateur d'individualiser les peines et de diversifier la palette des peines.
>
> B.11. Pour le surplus, la mesure en cause n'a pas d'effets disproportionnés. Le juge qui doit se prononcer sur la révocation du sursis probatoire pour non-respect des conditions probatoires dispose en effet du pouvoir d'apprécier s'il y a lieu de révoquer le sursis probatoire, avec pour conséquence que la peine sur laquelle porte le sursis sera exécutée. Lorsque les conditions du sursis ne sont pas respectées, le juge peut décider que le sursis probatoire doit être révoqué, mais il peut aussi décider de ne pas le révoquer, et, s'il y a lieu, d'y lier de nouvelles conditions. Le juge dispose donc de plusieurs possibilités lorsqu'il doit statuer sur une demande de révocation d'un sursis probatoire.

Section 6. L'exécution des peines et des mesures

§ 1. Généralités

Alors qu'il existe un code pour régir les différentes infractions et peines (le Code pénal), un code qui reprend les règles de procédures pénales (le Code d'instruction criminelle), il n'existe pas, à ce jour, de code qui prévoit les règles relatives à l'exécution des peines et mesures prononcées par le juge du fond. En d'autres termes, il n'y a pas de code qui rassemble les règles expliquant comment s'exécutent concrètement une peine de prison, une peine de travail, une peine d'amende, une mesure d'internement, etc. La réponse à cette question se trouve donc dans des textes légaux épars.

Outre des textes légaux divergents, la matière de l'exécution des peines et mesures entraîne l'intervention d'un grand nombre d'acteurs. Le ministère public est chargé de l'exécution des décisions judiciaires (art. 40, al. 2 de la Constitution) et joue donc un rôle clé dans cette matière. Les maisons de justice occupent aussi l'avant de la scène. Créées en 1999 dans le cadre des réformes qui ont suivi l'affaire Dutroux, les maisons de justice regroupent de nombreuses compétences qui relèvent du travail social en justice. La compétence des maisons de justice a été communautarisée en 2014, à la suite de la sixième réforme de l'État. Du côté de la Communauté française, dite Fédération Wallonie-Bruxelles, on compte treize maisons de justice, au sein desquelles travaillent des assistants de justice. Les maisons de justice exercent diverses missions tout au long de la chaîne du procès pénal. Il s'agit principalement de missions d'assistance aux *victimes*, d'aide à la décision (rédaction de rapports d'information, d'enquêtes sociales, …) et de suivi des décisions judiciaires lorsque celles-ci impliquent une alternative à la privation de liberté – en d'autres termes, le suivi de personnes en *probation* (personnes placées en libération sous conditions en alternative à la *détention préventive*, personnes condamnées à une *peine de probation autonome ou de travail*, personnes condamnées avec une *suspension* ou un *sursis* probatoire, personnes s'étant vu octroyer par le *tribunal de l'application des peines* une modalité d'exécution de leur *peine privative de liberté* ou de leur mesure d'*internement*, telles que la *surveillance électronique*, la *libération conditionnelle*, etc.). Au sein de la Fédération Wallonie-Bruxelles, l'Administration Générale des Maisons de Justice assure la gestion de diverses compétences communautaires en lien avec la justice : la compétence des maisons de justice mais aussi celles du centre de surveillance électronique, de l'aide sociale aux justiciables et aux personnes détenues, de la médiation réparatrice, de l'accompagnement en matière d'extrémisme menant à la violence, etc. L'exécution des peines et mesures fait aussi intervenir deux grands autres acteurs : les commissions de probation, compétentes pour le suivi des peines de travail, des peines de probation et des suspensions et sursis probatoires, et les juges du tribunal de l'application des peines (ci-après TAP), compétents pour l'exécution des peines privatives de liberté et de la mesure d'internement. Les TAP sont une section des tribunaux de première instance situés au siège des cours d'appel, il y en a donc six en Belgique : le TAP d'Anvers, le TAP de Gand, le TAP de Bruxelles (francophone et néerlandophone), le TAP de Mons et le TAP de Liège.

Sous la législature précédente (54e), le ministre de la Justice Koen Geens avait la volonté d'élaborer un Code de l'exécution des peines, pour donner une base légale à l'exécution de toutes les peines. L'idée était que le tribunal de l'application des peines devienne le juge du suivi et du contrôle de l'exécution de toutes les peines. Ceci est toutefois resté au stade d'un avant-projet de loi, n'ayant pas été déposé au parlement avant la fin de la législature[1641] ; mais

1641 Voy. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §6.

la volonté d'avancer dans la codification de l'exécution des peines a été reprise dans l'accord de gouvernement Vivaldi et dans l'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice Vincent Van Quickenborne[1642].

À cet égard, il faut souligner que la Commission de réforme du droit pénal a fait le choix de judiciariser l'exécution de l'ensemble des peines, en confiant au TAP un nombre très important de compétences. Elle écrit à ce propos :

> « De façon générale, le Code en projet prévoit de confier au tribunal de l'application des peines tout le contentieux de l'exécution des peines prévues par le Code. Les règles de procédure applicables devront être uniformisées dans une législation régissant l'ensemble de l'exécution des peines (et pas seulement les peines privatives de liberté). Dans le présent avant-projet, le choix a été fait d'utiliser le terme générique de 'tribunal de l'application des peines', sans indiquer s'il s'agit du tribunal dans sa composition collégiale ou de juge unique. Cette question ainsi que la compétence territoriale devront être déterminées par la législation relative à l'exécution des peines »[1643].

Ce choix est posé dans une volonté de simplifier et d'uniformiser la matière de l'exécution des peines. La Commission indique en effet qu'« afin de rendre le système plus cohérent et plus uniforme, il est proposé de supprimer la commission de probation et de confier l'ensemble de ses prérogatives au tribunal de l'application des peines. Il importe de regrouper l'ensemble du contentieux relatif à l'exécution des peines entre les mains d'une seule et même juridiction »[1644].

Le TAP interviendrait ainsi dans l'exécution de la peine de prestation en faveur de la communauté, de l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, du traitement imposé, de la peine de surveillance électronique, de la peine de travail, de la peine de probation, de la déchéance des droits, de l'exclusion du droit de participer à des marchés publics ou d'obtenir des concessions, de la déchéance du droit de conduire et de l'interdiction de résidence ou de contact, du sursis. Le TAP pourrait également intervenir pour régler des situations de concours[1645]. La Commission s'inspire ici de l'avant-projet de Code pénal de 1985 du professeur Legros, qui voulait faire du TAP le juge du suivi et du contrôle de l'exécution de toutes les peines et mesures prononcées par le juge du fond[1646].

La proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal adopte ce choix et confie au TAP tout le contentieux de l'exécution des peines[1647].

1642 Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc*., Ch., 2020-2021, n°55-1610/015. Pour un commentaire, voy. : O. NEDERLANDT, « L'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice – Les volets pénal et pénitentiaire : une politique essentiellement sécuritaire et répressive », *J.T*., 2021, p. 192 à 195.

1643 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal …, op. cit., p. 119.

1644 *Ibidem*, p. 129.

1645 J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT, Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la commission de réforme du droit pénal, *op. cit*., p. 11 à 21.

1646 R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Editions du Moniteur belge, 1985, p. 49 à 70.

1647 Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc*., Ch., 2019, n°55-0417/001.

Dans cette section, seules les grandes lignes de l'exécution des peines et mesures seront présentées[1648] : l'exécution de l'internement (§2), l'exécution des peines alternatives et des suspensions et sursis probatoires (§3), l'exécution des peines privatives de liberté (§4) et l'exécution de la mise à la disposition du TAP (§5).

L'exécution des mesures protectionnelles imposées aux mineurs par les juges de la jeunesse, brièvement exposée précédemment (*supra*, Chapitre II, Section 3, §3, A., 3. La minorité), ne fera pas l'objet d'une étude approfondie dans le cadre de ce cours.

Nous ne développerons pas non plus le système de recouvrement des amendes. Notons simplement que l'amende est recouvrée par le SPF Finances au nom du procureur du Roi et qu'en vue de l'exécution forcée de l'amende, le procureur du Roi peut recourir à l'enquête pénale d'exécution (« EPE »).

§ 2. L'exécution de la mesure d'internement

Sous l'empire de la loi de 1930, une « commission de défense sociale », composée d'un magistrat (président), d'un médecin (psychiatre) et d'un avocat, organisait et contrôlait l'exécution de la mesure d'internement. Aujourd'hui, ce suivi est assuré par les chambres de protection sociale au sein des tribunaux de l'application des peines (les « CPS »). Ces chambres, multidisciplinaires, sont composées d'un président magistrat, d'un assesseur spécialisé en matière de réinsertion sociale et d'un assesseur spécialisé en psychologie clinique. Le législateur a voulu professionnaliser l'exécution de l'internement en la confiant à une instance judiciaire permanente.

Dans les deux mois qui suivent le moment où la décision d'internement est devenue définitive, la CPS désigne l'établissement dans lequel l'internement sera exécuté ou décide une autre des modalités possibles de l'internement (art. 29). Notons qu'il s'agit d'un délai d'ordre qui n'est pas toujours respecté en pratique.

Les CPS peuvent « moduler » l'exécution de la mesure d'internement en fonction d'un « trajet de soin » pour l'interné : dès le départ et à tout moment ensuite, la CPS peut privilégier une des différentes modalités de l'internement, en fonction de l'état de l'interné et de son évolution.

Ces modalités sont les suivantes :

1648 Pour un ouvrage récent en matière d'exécution des peines et des mesures voy. : H. Bosly et Ch. De Valkeneer (dir.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021.

- **le placement** dans un établissement de défense sociale (EDS)[1649], une section de défense sociale de prison[1650], un centre de psychiatrie légale (CPL)[1651] ou une institution privée (hôpital psychiatrique)[1652] (art. 19, qui renvoie à l'article 3, 4°, *b,c,d*) ;
- le **transfert** dans un autre établissement (pour raisons de sécurité ou de soin (art.19, al. 2),
- les **permissions de sortie** (art.20),
- les **congés** (art. 21),
- un régime de **détention limitée** (art. 23),
- un régime de **surveillance électronique** (art. 24),
- une mesure de **libération à l'essai**, assortie de conditions à respecter pendant un délai d'épreuve (art. 25) (par exemple, le suivi d'un traitement ambulatoire),
- la mesure de **libération définitive** (art. 66).

Si toutes les autres mesures peuvent être décidées à tout moment par la CPS, la libération définitive est en revanche soumise au « sas » de la libération à l'essai : elle ne peut être octroyée qu'après l'expiration du délai d'épreuve fixé pour la libération à l'essai et pour autant que le trouble mental soit suffisamment stabilisé pour qu'il n'y ait plus de risques de voir l'interné « rechuter » (art. 66). La Cour de cassation est néanmoins revenue sur cette exigence : dans ses arrêts du 9 avril 2019 et du 11 juin 2019, elle a dit pour droit que l'interné dont le trouble mental est suffisamment stabilisé et qui ne présente pas de risque important de récidive doit être libéré définitivement sur la base des art. 5.1. et 5.4. de la Convention européenne des droits de l'homme, même si la période d'essai de trois ans du délai d'épreuve n'a pas encore expiré[1653].

La CPS peut également réviser la modalité de la mesure qu'elle a précédemment octroyée, suspendre celle-ci ou la révoquer (art. 59, 60 et 61).

Il est important de souligner que l'art. 19 de la loi ne prévoit pas de possibilité de placement dans une annexe psychiatrique d'un établissement pénitentiaire (il ne renvoie pas à l'art. 3, 4°,

---

1649 Il n'existe à proprement parler qu'un établissement de défense sociale, à Paifve en Wallonie, créé en 1972 (les hôpitaux psychiatriques de Tournai et Mons étaient anciennement aussi désignés comme « établissements de défense sociale », mais dès lors qu'ils ne sont actuellement plus organisés par l'autorité fédérale, ils ne sont plus qualifiés comme tels, mais comme hôpitaux psychiatriques sécurisés). L'EDS de Paifve est un établissement sécurisé organisé par l'autorité fédérale dont le régime se rapproche du régime carcéral (voy. le rapport du 17 septembre 2020 du Conseil central de surveillance pénitentiaire rédigé à l'issue de sa visite au sein de cet EDS, téléchargeable sur son site internet : https://ccsp.belgium.be/).

1650 En Flandre, quatre prisons disposent d'une section de défense sociale, à savoir les prisons de Merksplas, de Turnhout, d'Anvers et le complexe pénitentiaire de Bruges ; il n'y en a pas, à ce jour, en Wallonie ou à Bruxelles.

1651 En Flandre, deux centres de psychiatrie médicolégale (CPL ou « Forensisch Psychiatrische Centra » en néerlandais, ci-après « FPC ») ont été construits pour accueillir des internés : l'un à Gand qui a ouvert en novembre 2014 (264 places) et l'autre à Anvers qui a ouvert en août 2017 (180 places). Ces centres ne sont ni des prisons ni des hôpitaux psychiatriques, mais des centres fédéraux offrant des soins similaires à ceux des hôpitaux psychiatriques dans un cadre sécurisé. Le SPF Justice finance la fonction hôtel et sécurité tandis que le SPF Santé publique est compétent pour le traitement et les soins. Notons encore que leur construction et leur maintenance ont été confiées à des consortiums privés, dans le cadre de partenariats public-privé.

1652 Il s'agit d'un établissement psychiatrique classique soit privé et subventionné, soit organisé par un pouvoir public qui est en mesure de dispenser les soins appropriés à la personne internée et qui a conclu un accord de coopération avec le ministre de la Justice et le ministre compétent pour les soins de santé (art. 3, 4°, d). À ce jour cependant, aucun accord n'a été conclu. Néanmoins, deux hôpitaux psychiatriques sécurisés en Wallonie disposent de places pour des internés placés : le Centre régional de soins psychiatriques Les Marronniers à Tournai, géré par la Région wallonne, et le centre hospitalier psychiatrique du Chêne aux Haies à Mons géré par l'intercommunale centre hospitalier universitaire Ambroise Paré.

1653 Cass., 9 avril 2019 RG P.19.0273.N/1, *Pas.*, 2019, à sa date et Cass., 11 juin 2019, RG P.19.0524.N, *Pas.*, 2019, à sa date. Voy., également, Cass., 23 avril 2019, RGP.19.0307.N2, *Rev. dr. pén. crim.*, 2020/9, p. 932.

a)) – bien que cela n'empêche pas que des internés y séjournent, de manière légale, voire parfois, de manière illégale. La loi du 5 mai 2014 vise quatre cas de figure dans lesquels une personne internée peut se retrouver dans une annexe psychiatrique[1654] :

- La première hypothèse est celle où le juge du fond a ordonné l'internement avec incarcération immédiate ou que la personne était déjà détenue, dans l'attente de la première décision prise par la CPS (art. 10 et 11 de la loi),
- La seconde hypothèse est celle où le ministère public procède à l'arrestation provisoire de la personne internée : dans ce cas, celle-ci restera à l'annexe psychiatrique de la prison le temps que la CPS se prononce sur la suspension et, en cas de suspension, sur la révocation de la modalité octroyée (libération à l'essai ou surveillance électronique) (art. 65, §1er de la loi),
- La troisième hypothèse est celle où la libération à l'essai ou la surveillance électronique de l'interné est suspendue : l'interné peut alors être détenu en annexe psychiatrique le temps de la suspension, qui peut durer maximum un mois (art. 61, § 2, de la loi),
- La quatrième hypothèse vise la situation où la CPS prononce l'internement d'un condamné dans l'attente que sa décision passe en force de chose jugée (art. 77/5 de la loi).

Une autre situation où l'on trouve des personnes internées en annexe psychiatrique renvoie à la première décision prise par la CPS dans le cas où elle décide du placement de l'interné et que ce lieu de placement est complet ; l'interné détenu est alors inscrit sur une liste d'attente et reste enfermé au sein d'une annexe psychiatrique dans l'attente de la libération d'une place dans l'établissement désigné par la CPS – cette situation étant illégale et ayant conduit à différentes décisions du juge des référés ordonnant le transfert d'internés vers le lieu désigné par la CPS sous menace d'astreinte[1655]. Notons encore qu'en cas de révocation de la libération à l'essai ou d'une surveillance électronique (art. 60, § 1er, al. 1er), un interné ne peut se retrouver en annexe psychiatrique. Or, pendant un certain temps, des internés ont été détenus en annexes psychiatriques de prison à la suite d'une révocation de leur libération à l'essai ou de leur surveillance électronique, contrairement à ce que prévoit cet article 60. Cette détention illégale a fait l'objet d'une dizaine condamnations par le juge des référés[1656] et une plainte avec constitution de partie civile a été déposée par la Ligue des Droits Humains entre les mains d'un juge d'instruction bruxellois[1657].

Dès 1930, le statut « hybride » de la mesure d'internement, entre soin et sécurité, sera dénoncé. Un des problèmes majeurs du système est qu'en raison du manque de places dans les lieux d'internement, un nombre important d'internés séjournent de façon prolongée dans les annexes psychiatriques des prisons, où la place faite au soin était totalement insuffisante. De même,

---

1654 Le passage en annexe psychiatrique d'une personne en détention préventive n'est pas envisagé ici car une décision d'internement n'est pas encore prise et définitive à ce stade.

1655 Voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 8 août 2019, R.G. n° 19/78/C, inédit ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 novembre 2019, R.G. n° 19/124/C, inédit.

1656 Civ. Bruxelles (réf.), 17 juin 2019, R.G. 19/60/C, inédit ; Civ. Bruxelles (réf.), 8 août 2019, R.G. 19/78/C, inédit ; Mons (40ème chambre), 15 mai 2020 R.G. 2020/RF/3, inédit.

1657 Une plainte avec constitution de partie civile a été déposée entre les mains d'un juge d'instruction de Bruxelles par la Ligue des Droits Humains (LDH) en date du 5 novembre 2019. La LDH écrit dans cette plainte qu'elle a été avisée du fait que l'État belge poursuit la détention de nombreux internés à l'annexe psychiatrique de la prison de Saint-Gilles, lesquels se trouvent dans des situations prévues par la loi du 5 mai 2014 qui exclut la possibilité qu'ils soient détenus en annexe psychiatrique, notamment après révocation d'une libération à l'essai. La LDH souligne que cette infraction de détention arbitraire contrevient à son objet social et lui porte préjudice.

certains lieux, pourtant censés être destinés à l'accueil des internés comme les sections de défense sociale dans certaines prisons et l'établissement de défense sociale de Paifve, font l'objet de critiques sérieuses quant à l'insuffisance du personnel soignant des soins dispensés.

La situation des internés en régime carcéral a dès lors régulièrement été dénoncée par des instances nationales, européennes et internationales. En effet, la prison est tout sauf un lieu adapté pour apporter des soins à une personne souffrant d'un trouble mental, où le régime est centré sur le contrôle sécuritaire et non sur le traitement thérapeutique.

Depuis 1998, la Belgique a régulièrement été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, au point que la Cour a décidé de recourir à la procédure de l'arrêt pilote, en rendant un arrêt *W.D. c. Belgique* le 6 septembre 2016[1658]. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que la situation du requérant ne pouvait être dissociée du problème général qui tire son origine d'un « dysfonctionnement structurel » propre au système belge d'internement, qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes. Selon la Cour, la situation des internés séjournant en prison est constitutive d'une pratique incompatible avec la Convention. Elle a donc enjoint à l'État belge d'adopter les mesures appropriées en vue de mettre le système d'internement en conformité avec la Convention, dans les deux ans de la date à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif.

Cette situation a également fait l'objet de condamnations judiciaires au niveau belge, par la Cour constitutionnelle[1659]et le tribunal de première instance (plus de 350 internés ont demandé des dommages et intérêts à l'État belge[1660]).

C'est notamment dans ce cadre qu'il faut comprendre que dans le cadre de la réforme de la loi de 2014, la volonté du législateur était de faire du « trajet de soins » le pivot de l'exécution de la mesure d'internement, notamment en ne visant pas, parmi les lieux où les internés peuvent être placés, les annexes psychiatriques de prison. Cependant, force est de constater que malgré l'entrée en vigueur de la loi de 2014 il y a plusieurs années, les délais d'attente pour être transférés d'une annexe psychiatrique vers le lieu de placement désigné par la CPS sont encore très longs (parfois plusieurs années).

L'actuel ministre de la Justice, Vincent Van Quickenborne, dans son exposé d'orientation politique a rappelé avec force que « les internés n'ont pas leur place dans les prisons », et annoncé que la priorité pour les années à venir serait la construction de trois nouveaux centres de psychiatrie légale à Paifve, Wavre et Alost. Dans l'attente de l'érection de ces centres, il prévoit un investissement dans le personnel soignant des établissements et sections de défense sociale. On peut regretter que la priorité n'ait pas plutôt été donnée à la conclusion d'accords de coopération avec le secteur de la santé ou à la recherche de solutions pour aider les internés à sortir des structures fermées. On sait en effet que toute une série de personnes internées restent enfermées dans des centres sécurisés, non pas parce qu'elles présentent un profil dangereux, mais pour des raisons sociales (absence de titre de séjour rendant impossible de bénéficier d'une libération à l'essai, insuffisance de structures sociales ou d'hébergement adapté à l'extérieur, etc.).

1658 Voy. à cet égard N. COLETTE-BASECQZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote *W.D. c. Belgique* sonne-t-il le glas de la détention des internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? », obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *W.D. c. Belgique*, 6 septembre 2016, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°113, 2018, pp. 213 – 239.

1659 C.C., 17 septembre 2009, n°142/2009, B.7.2 et B.7.3.

1660 Voy. par exemple, Anvers (2ème chambre), 14 décembre 2016, R.G. 2015/AR/2710, inédit ; Bruxelles (1ère chambre), 4 novembre 2019 R.G. 2017/AR/203, inédit ; Civ. Gand, 29 avril 2019, R.G. 18/2136/A, inédit.

§ 3. L'exécution des peines alternatives, des sursis et suspensions probatoires

L'intérêt d'étudier ensemble l'exécution des peines alternatives et des sursis et suspension probatoires tient au rôle joué dans le suivi de ces peines (à l'exception de la peine de surveillance électronique) et de ces modalités de peines par les commissions de probation[1661].

Il est institué une commission de probation auprès de chaque tribunal de 1ère instance. Ces commissions sont composées de trois membres : un magistrat, un avocat et un fonctionnaire (art. 10 de la loi du 29 juin 1964).

A. La peine de surveillance électronique

La peine de surveillance électronique doit, normalement, débuter dans les six mois qui suivent la date à laquelle la décision judiciaire est passée en force de chose jugée (art. 37*ter*, § 2, al. 2, C.P.).

Au contraire de la peine de travail et de la peine de probation autonome, la commission de probation n'intervient pas dans l'exécution de la peine de surveillance électronique. Cette exécution relève uniquement du centre de surveillance électronique (qui relève de la compétence des Communautés) et du ministère public. Notons également que le condamné qui exécute une peine de surveillance électronique qui atteint ou excède trois mois peut solliciter une suspension de cette peine auprès du ministère public après avoir purgé un tiers de celle-ci (art. 37*quater*, § 4 C.P.).

Enfin, en cas de non-exécution de la peine de surveillance électronique, le ministère public peut décider de procéder à l'exécution de la peine d'emprisonnement fixée dans la décision judiciaire, et ce, en tenant compte de la partie de la peine de surveillance électronique qui a déjà été exécutée, en sachant qu'un jour de peine de surveillance électronique exécuté équivaut à un jour d'emprisonnement (art. 37*quater*, § 4 C.P.).

B. La peine de travail

La peine de travail est effectuée gratuitement auprès des services publics de l'État, des communes, des provinces, des communautés et des régions ou auprès d'associations sans but lucratif ou de fondations à but social, scientifique ou culturel (art. 37*sexies*, § 1er C.P.)[1662]. Elle ne peut consister en un travail qui, dans le service concerné, est généralement exécuté par des travailleurs rémunérés.

Sauf prolongation décidée par la commission de probation, elle doit être exécutée dans les douze mois qui suivent la date à laquelle la décision judiciaire est passée en force de chose jugée (art. 37*quinquies*, § 2, al. 2, C.P.).

1661 Voy. à cet égard, voy. notamment P. REYNAERT, « Bilan des commissions de probation et des commissions de défense sociale », *Journ. proc.*, 2004, n° 482, p. 26 et s. et A. JONCKHEERE, « L'activité des commissions de probation dans le cadre de l'exécution des peines », *Rev. dr. pén. crim*., 2016, p. 1304 à 1323.

1662 Il a été jugé qu'une peine de travail ne constitue pas un travail au sens du droit du travail (Corr. Gand, 10 janvier 2005, *NjW*, 2005, p. 600, note J. DEENE) et qu'elle pouvait être infligée à un prévenu en incapacité de travail, avec son accord (Cass., 19 mai 2010, *op. cit.*).

Les maisons de justice vont désigner un assistant de justice qui sera chargé d'assurer le suivi du condamné. Cet assistant de justice va déterminer le contenu concret de la peine de travail, en prenant contact avec le lieu de prestation et le service d'encadrement des mesures judiciaires alternatives (SEMJA). L'assistant de justice fera rapport à la commission de probation.

En cas de non-exécution totale ou partielle de la peine de travail, la peine subsidiaire peut être mise à exécution. Lorsqu'il constate cette non-exécution, l'assistant de justice en informe la commission de probation. Celle-ci va entendre le condamné lors d'une audience, hors la présence du ministère public. La commission ne dispose en effet que d'une compétence d'avis, la décision de mise à exécution de la peine subsidiaire revenant au ministère public. Si la commission ne rédige pas de rapport à l'issue de l'audience, la peine de travail se poursuit. Si elle rédige un rapport en vue de l'application de la peine subsidiaire, le ministère public peut décider, ou non, de mettre cette peine subsidiaire à exécution et ce, en tenant compte de la peine de travail qui a déjà été exécutée par le condamné (art. 37*septies*, § 4, al. 1er C.P.).

Si le parquet décide de ne pas suivre l'avis de la commission de probation, la poursuite de l'exécution de la peine de travail peut s'avérer compliquée : tant cette commission que l'assistant de justice estiment qu'il n'est pas approprié de poursuivre l'exécution de cette peine, mais devront néanmoins poursuivre leur travail avec le condamné.

Si le parquet décide de suivre l'avis de la commission de probation, se pose alors la question de la mise à exécution concrète de la peine subsidiaire. La politique du parquet quant à l'exécution des peines subsidiaires reste méconnue, et en cas de non-exécution de celles-ci, le système peut sembler incohérent. Soulignons également qu'il n'est pas rare que les juges du fond prononcent des peines subsidiaires d'emprisonnement très lourdes, ce qui peut aussi sembler paradoxal : la personne à qui l'on souhaitait éviter la prison, se retrouvera incarcérée pour une durée probablement plus longue que si elle avait immédiatement été condamnée à une peine d'emprisonnement.

C. La peine de probation

Si le juge doit donner des indications concernant le contenu de la peine de probation autonome (art. 37*octies*, § 4), c'est la commission de probation qui détermine le contenu concret de la peine de probation autonome (37*novies*, § 3)[1663].

La personne condamnée à une peine de probation est soumise à une guidance judiciaire exercée par un assistant de justice de la maison de justice de l'arrondissement judiciaire du lieu de sa résidence et l'exécution de la peine de probation est contrôlée par la commission de probation du lieu de la résidence du condamné à laquelle l'assistant de justice fait rapport (art. 37*novies*, § 1).

1663 Pour le Conseil supérieur de la Justice, cette « délégation illégitime de la fixation de la peine » ne contribuera pas à l'individualisation de la fixation de la peine par le juge puisqu'il la soustraite à la commission de probation, CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, Avis d'office sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle ainsi que la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *op. cit.*, p. 2. Pour les mêmes raisons, le Conseil d'Etat se demande si la qualification de la mesure de probation en tant que peine n'est pas usurpée et si elle est conforme au principe de légalité en matière pénale, dans la mesure où le condamné ne connaît pas toujours les contours exacts de de la peine sur laquelle il marque son accord, Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal (...), Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 3274/001, p. 34.

La commission de probation peut suspendre en tout ou partie le contenu concret de la peine de probation autonome, le préciser ou l'adapter aux circonstances. Elle peut également, dans le cas où une des conditions de la peine de probation autonome n'a pu être réalisée durant le délai de probation initial et sans que cela soit dû à la volonté du condamné, prolonger une fois le délai de probation d'un an au maximum afin que le condamné puisse satisfaire à la condition. Enfin, elle peut décider, si elle estime que la peine de probation a été exécutée, que celle-ci prend fin, même si la période fixée par le juge n'a pas encore expiré (art. 37*decies*, § 1).

Les décisions de la commission sont susceptibles de recours, tant de la part du ministère public que du condamné, devant le tribunal de première instance auprès duquel la commission est instituée (art. 37*decies*, § 2).

Enfin, en cas d'inexécution totale ou partielle de la peine de probation autonome, l'assistant de justice informe sans délai la commission de probation qui rédige un rapport motivé en vue de l'application de la peine de substitution. Dans ce cas, le ministère public peut décider d'exécuter la peine d'emprisonnement ou l'amende prévue dans la décision judiciaire, et ce, en tenant compte de la peine de probation autonome qui a déjà été exécutée par le condamné (art. 37*undecies*).

D. Les suspensions et sursis probatoires

L'exécution des mesures probatoires est contrôlée par les *commissions de probation* auxquelles les agents de justice et, le cas échéant, le service ou la personne ayant accepté une mission de guidance ou de traitement font rapport (art. 9, 9*bis*, al. 3 et 4, et 11 de la loi du 29 juin 1964). La commission de probation peut suspendre, en tout ou en partie, les conditions fixées par le juge ; elle peut les préciser ou les adapter aux circonstances, sans toutefois les rendre plus sévères. La décision de la commission doit être motivée et elle est susceptible de recours (art. 12) d'abord devant le tribunal de première instance et, ensuite, devant la Cour de cassation[1664].

§ 4. L'exécution des peines privatives de liberté

La matière de l'exécution des peines privatives de liberté[1665] est régie par trois lois principales : une portant sur le statut juridique *interne*, et deux sur le statut juridique *externe* des condamnés. Le statut juridique interne du condamné a trait à tout ce qui concerne la vie des détenus à l'intérieur de la prison, tandis que le statut juridique externe du condamné se rapporte aux aspects extérieurs de sa détention, notamment les aménagements de sa peine.

La première est la *loi de principes du 12 janvier 2005* concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus[1666], dite « loi de principes » ou « loi Dupont » en écho

---

1664 Ainsi, dans une affaire où la cour d'appel de Bruxelles avait ordonné la suspension probatoire du prononcé avec la condition que le prévenu ne reçoive plus chez lui ou dans tout autre lieu privé, de mineur non accompagné, la Cour de cassation a considéré que le fait pour la commission de probation de préciser qu'une école est un lieu privé, ne rendait pas la condition probatoire plus sévère (Cass., 16 janvier 2008*, Rev. dr. pén. crim.*, 2008, n° 6, p. 684 et note de O. Michiels.)

1665 Cette matière est étudiée de manière exhaustive dans le *Manuel de droit pénitentiaire* de Marie-Aude Beernaert publié aux éditions Anthemis (3e édition, 2019).

1666 *M.B.*, 1er février 2005.

au travail préparatoire de la commission Dupont[1667]. Cette loi, dont certaines dispositions ne sont pas encore entrées en vigueur, ne sera pas étudiée dans le cadre de ce cours.

La seconde est la *loi du 17 mai 2006* relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine[1668] (ci-après « la loi du 17 mai 2006 ») et la troisième est la loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines[1669]. Ces lois, qui sont le fruit des travaux de la commission Holsters[1670], organisent le régime légal des modalités d'exécution de la peine privative de liberté. Si la loi instaurant les TAP est entièrement entrée en vigueur, ce n'est pas encore entièrement le cas, à l'heure où nous écrivons ses lignes, de la loi du 17 mai 2006.

À ces trois lois qui constituent le socle du droit pénitentiaire belge, est récemment venue s'ajouter une quatrième : la loi du 23 mars 2019 concernant l'organisation des services pénitentiaires et le statut du personnel pénitentiaire[1671], qui ne sera pas étudiée dans le cadre de ce cours[1672].

Adopter ces législations relevait de la volonté de créer un véritable « droit pénitentiaire » et de mettre fin à l'insécurité juridique en offrant aux condamnés des garanties légales : ceux-ci ne devaient plus être soumis durant leur peine de prison à un régime de faveurs, mais devenir de véritables sujets de droits.

L'objectif de la loi du 17 mai 2006 est de *légaliser*, de donner un cadre légal aux différents aménagements de la peine privative de liberté, appelés les « modalités d'exécution de la peine ». L'idée est que le parcours standard de tout condamné doit consister à lui permettre de préparer sa réinsertion en sortant de prison d'abord dans le cadre de « petites sorties » (des permissions de sortie et des congés pénitentiaires) et puis d'une libération conditionnelle. Ces modalités d'exécution de la peine constituent de véritables droits subjectifs dans le chef des condamnés[1673], alors qu'il ne s'agissait que de faveurs sous le régime antérieur.

1667 La Commission « loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus », dite Commission Dupont du nom de son président, a été chargée, par l'arrêté royal du 25 novembre 1997, *M.B.*, 9 janvier 1998, de l'élaboration de la « loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus » et a rédigé à un rapport intitulé « Rapport final de la Commission Dupont », *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 50-1076/001.

1668 *M.B.*, 15 juin 2006.

1669 *M.B.*, 15 juin 2006.

1670 La Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », dite « Commission Holsters » du nom de son Président, a été créée par l'arrêté royal du 27 juin 2000, *M.B.*, 13 juillet 2000, avec pour tâche d'élaborer un avant-projet de loi portant sur le statut juridique externe des condamnés et les tribunaux de l'application des peines. Elle a remis la version finale de son rapport le 9 mai 2003 (non publié).

1671 *M.B.*, 11 avril 2019.

1672 O. NEDERLANDT, « Les agents pénitentiaires : des ambassadeurs de l'Etat de droit. La Cour constitutionnelle valide la loi du 23 mars 2019 qui règle l'organisation des services pénitentiaires et prévoit un service minimum garanti en temps de grève en prison », obs. sous Cour const., arrêt n° 107/2021, 15 juillet 2021, *Rev. trim. D.H.*, 2022/131, pp. 623-658.

1673 Cass. (1ère ch.), 15 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 88 et s. et la note de M.-A. BEERNAERT, « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sorties ou de congés pénitentiaires ! », *J.L.M.B.*, 2014, p. 93 et s.

Un autre objectif du législateur de 2006 était de *judiciariser* l'exécution des peines, en transférant la compétence de décider de l'octroi ou non de certaines modalités d'exécution de la peine du ministre de la Justice (pouvoir exécutif) au juge et au tribunal de l'application des peines (pouvoir judiciaire). Cette judiciarisation n'est pas complète : le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire se partagent la compétence de statuer sur les aménagements de peines.

Ce partage de compétence s'explique en raison du principe de séparation des pouvoirs : le pouvoir exécutif n'est compétent que pour procéder à *l'exécution* de ce que le juge a décidé conformément à la loi, mais n'a aucune compétence pour modifier la nature et la durée des peines privatives de liberté. Or, certains aménagements dans l'exécution de la peine de prison entraînent une modification de la situation du condamné pouvant être assimilée à un changement de la nature de cette peine : un condamné qui séjourne de façon continue en prison voit sa situation changer radicalement lorsqu'il est en libération conditionnelle, au point qu'on considère que la nature de la peine a été modifiée. Le critère de répartition des compétences entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire repose donc sur la question de savoir si la modalité d'exécution de la peine entraîne une modification de la nature de la peine. Le législateur a décidé que les permissions de sortie et congés pénitentiaires ne modifient pas fondamentalement la situation du condamné et relèvent donc de la simple exécution de la peine, d'où la compétence du pouvoir exécutif. Par contre, les autres modalités (surveillance électronique, détention limitée, libération conditionnelle, …) changent la nature de la peine : la peine n'est plus exécutée en prison, mais à l'extérieur de celle-ci, avec certaines conditions à respecter, au point qu'il a été considéré nécessaire que cette décision revienne au pouvoir judiciaire.

Au sein du pouvoir exécutif, les instances compétences en matière d'exécution des peines sont le ministre de la Justice et son administration pénitentiaire. Au sein de cette administration, c'est en principe la Direction Gestion de la Détention[1674] qui prend les décisions relatives aux modalités d'exécution de la peine, bien que parfois certaines compétences reviennent immédiatement aux directeurs d'établissements pénitentiaires.

Au sein même du pouvoir judiciaire, un partage de compétences s'effectue entre le juge de l'application des peines (JAP) et le tribunal de l'application des peines (TAP) en fonction de la durée de la peine ou des peines que s'est vu imposer le condamné : le JAP (le magistrat uniquement) intervient pour les condamnés à une ou plusieurs peines dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans tandis que le TAP (le magistrat et deux assesseurs) est compétent pour les condamnés à une ou plusieurs peines dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans. Le JAP dispose également d'autres compétences spéciales.

Si le régime d'exécution des peines supérieures à trois ans est entré en vigueur dès 2007, activant les compétences du TAP ; la question de l'entrée en vigueur du régime d'exécution des peines jusqu'à trois ans a, elle, suscité bien des difficultés[1675]. Cette entrée en vigueur a en effet

---

1674 Le SPF Justice comporte une Direction générale des établissements pénitentiaires (DGEPI), communément appelée « l'administration pénitentiaire ». La DGEPI dispose d'une administration centrale, composée de six directions, d'un service de liaison et d'un porte-parole. Parmi ces six directions, on trouve la DGD (Direction Gestion de la Détention). La DGD se compose de quatre services : du côté francophone, le « service statut juridique interne » (SSJI) et le « service statut juridique externe » (SSJE), et du côté néerlandophone, le « dienst interne rechtspositie » (DIRP) et le « dienst externe rechtspositie » (DERP).

1675 M.-A BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur prochaine du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans : enjeux et pistes d'action pour éviter l'aggravation de la surpopulation carcérale », *J.T.*, 2022, pp. 461 – 47 ; O. NEDERLANDT et L. TEPER, « Le droit pénitentiaire va-t-il

été repoussée à de maintes reprises, jusqu'à tout récemment. Le 1er septembre 2022, le régime est entré en vigueur pour les peines supérieures à deux, mais inférieures ou égales à trois ans. En ce qui concerne les peines inférieures ou égales à deux ans, le régime devrait entrer en vigueur (sauf nouveau report) à partir du 1er septembre 2023. Avant cette entrée en vigueur, les peines d'emprisonnement jusqu'à trois ans étaient aménagées par le pouvoir exécutif, sur la base de circulaires ministérielles. Ce régime administratif restera applicable pour les peines inférieures ou égales à deux ans, à tout le moins jusqu'au 31 août 2023.

Certaines modalités ne dépendent toutefois pas de ce seuil de trois ans et peuvent être sollicitées par tous les condamnés. Le calcul pour déterminer si un condamné se trouve au-dessus ou en-dessous de ce couperet de trois ans, réalisé par l'administration pénitentiaire, est souvent complexe, du fait que la plupart des condamnés exécutent non pas une mais plusieurs peines, dont certaines sont prononcées en état de récidive ou assorties d'un sursis.

Nous allons donc étudier dans les sections suivantes, tout d'abord, les modalités qui ne dépendent pas du seuil et pouvant être sollicitées par tous les condamnés (A), ensuite les modalités dont peuvent bénéficier les condamnés à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans (B) et enfin, les modalités pouvant être sollicitées par les condamnés à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans (C).

Les références aux articles entre parenthèses renvoient aux articles de la loi du 17 mai 2006.

A. Les modalités d'exécution de la peine qui ne dépendent pas du seuil

Les modalités ne dépendant pas du seuil de trois ans sont les suivantes :
- la permission de sortie (PS),
- le congé pénitentiaire (CP),
- le placement en maison de transition (PMT),
- l'interruption de l'exécution de la peine (IEP),
- la libération d'un étranger sans titre de séjour en vue de son éloignement ou de son transfert vers un centre fermé pour illégaux,
- la libération provisoire pour raisons médicales (LPRM).

La *permission de sortie* (art. 4) consiste à permettre au condamné de quitter la prison pour une durée déterminée qui ne peut excéder seize heures. Il en existe deux types : la permission de sortie occasionnelle et la permission de sortie en vue de la réinsertion. La première peut être accordée au condamné à tout moment en vue, soit de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent sa présence hors de la prison, soit de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison. La seconde peut lui être accordée, avec une périodicité déterminée, au cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, afin de préparer sa réinsertion sociale.

Le *congé pénitentiaire* (art. 6) consiste à permettre au condamné de quitter la prison quatre fois trente-six heures par trimestre, et cela en vue de préserver et de favoriser ses contacts familiaux, affectifs et sociaux, ainsi que de préparer sa réinsertion sociale. Pour solliciter un congé, le

enfin prendre son envol ? », H. Bosly et Ch. De Valkeneer (coord.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 69 – 173.

condamné doit se trouver dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle.

Le *placement en maison de transition* (art. 9/1 à 9/3) est une modalité récente, introduite dans la loi du 17 mai 2006 en 2018. Elle consiste en une forme de détention sous laquelle le condamné subit sa peine sur la base d'un plan de placement dans un établissement agréé. Elle peut être octroyée aux condamnés 18 mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. À ce jour, deux projets-pilotes d'une durée d'un an ont été retenus, portés par la société G4S Care en collaboration avec Exodus Nederland. La première maison de transition a ouvert ses portes à Malines le 1er septembre 2019, la seconde, située à Enghien, est entrée en fonction le 1er janvier 2020. Ces projets ont été renouvelés après évaluation.

L'idée de purger sa peine dans un établissement de petite taille, inséré dans la communauté, est promue depuis 2013 par l'ASBL « De Huizen – Les maisons »[1676], portée par Hans Claus, directeur de la prison de Audenarde. L'ASBL De Huizen a récemment, avec d'autres partenaires, lancé « Rescaled », un mouvement à l'échelle européenne qui promeut l'idée de remplacer les prisons par des maisons de détention[1677]. En en faisant une nouvelle modalité d'exécution de la peine et une étape avant la libération conditionnelle plutôt qu'une autre forme d'enfermement (les consacrer comme prisons ouvertes), le législateur s'est éloigné de l'esprit initial du projet des maisons de détention[1678]. D'ailleurs, tant l'ASBL De Huizen que d'autres associations ont déjà pris leur distance avec le projet pilote sélectionné, critiquant notamment le fait que la gestion de la détention puisse être laissée entre les mains d'entreprises privées, dont l'intérêt premier n'est pas l'humain, mais le profit. D'ailleurs, G4S a fermé la maison de transition d'Enghien en date du 31 décembre 2021, obligeant l'administration pénitentiaire à trouver des solutions alternatives pour les condamnés qui y étaient détenus.

Dans un texte de vision diffusé mi-septembre 2021, le ministre de la Justice a annoncé sa volonté d'ouvrir à l'avenir des « maisons de détention », renouant davantage avec l'idée initiale de l'ASBL De Huizen. Deux maisons ouvriraient avant la fin de l'année 2022 (à Courtrai et à Bruxelles dans le bâtiment de la prison de Berkendael), notamment afin d'accueillir les condamnés à des peines d'emprisonnement jusqu'à trois ans, avec un objectif d'ouvrir quinze maisons de ce type d'ici 2023.

Notons que les « maisons de transition », et les potentielles futures maisons de détention, au niveau fédéral n'ont aucun lien avec un autre projet, celui des maisons de désistance. Le projet des maisons de désistance, à savoir des structures visant à accueillir les personnes sortantes de prison n'ayant personne pour les accueillir, afin de leur éviter la rue et de leur offrir un lieu où elles peuvent peu à peu reprendre pied dans la société, est porté par la Fédération Wallonie-Bruxelles, ayant la compétence des maisons de justice et de l'aide aux détenus et aux justiciables. À ce jour, aucune maison de désistance n'a cependant encore été créée.

1676 www.dehuizen.be

1677 www.rescaled.net

1678 Projet de loi portant des dispositions diverses en matière pénale (…), Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la justice par M. Gautier Calomne, *Doc*., Ch., 2017-2018, n°54-2969/003, p. 74 et p. 81 ; O. NEDERLANDT, A.-S. VANHOUCHE, « Les maisons de transition : miroir aux alouettes ou pied dans la porte ? », *Les coûts du système pénal*, La Charte, Bruxelles, 2020, p. 29 à 63 ; A.-S. VANHOUCHE, O. NEDERLANDT, « De Belgische transitiehuizen : nood aan een terugkeer naar het originele concept van detentiehuizen », *Fatik – Tijdschrift voor Strafbeleid en Gevangeniswezen*, 2020/167, p. 6 à 18.

L'octroi d'une permission de sortie, d'un congé pénitentiaire et d'un placement en maison de transition est subordonné, outre les conditions de temps déjà citées, à l'absence de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre, à savoir : le risque de soustraction à l'exécution de la peine, le risque de commission d'infractions graves ou le risque d'importuner les victimes. En cas d'octroi, les condamnés doivent respecter la condition générale de ne pas commettre de nouvelles infractions et peuvent aussi devoir respecter d'éventuelles conditions particulières, ils doivent marquer leur accord sur les conditions (art. 5 et 7).

En règle générale, c'est le ministre de la Justice, et plus particulièrement la Direction Gestion de la Détention, une division administrative du SPF Justice, qui est compétente pour décider d'octroyer ou de refuser d'octroyer les permissions de sortie, les congés pénitentiaires ou le placement dans une maison de transition, aux condamnés. Ces modalités peuvent être suspendues (sauf pour le placement en maison de transition), révisées ou révoquées en cas de non-respect des conditions. La procédure est écrite et non-contradictoire (art. 10 à 14). Le TAP est cependant compétent pour octroyer des permissions de sortie ou des congés pénitentiaires dans certaines situations (art. 59, art. 66, art. 95/11 et 95/12).

L'*interruption de l'exécution de la peine* (art. 15), au contraire des autres modalités, n'est pas une modalité *d'exécution*, mais de *suspension* de la peine (c'est-à-dire que pendant la durée de cette modalité, la peine ne s'exécute plus ; autrement dit, le condamné n'est pas considéré comme « purgeant » sa peine). Elle permet que la peine soit suspendue pendant une durée de trois mois renouvelable et est octroyée pour des motifs graves et exceptionnels à caractère familial (par ex., pour permettre d'aller au chevet d'un proche parent en phase terminale d'une maladie[1679]). Elle est octroyée par le ministre de la Justice dans le cadre d'une procédure écrite et non-contradictoire (art. 17).

La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent (art. 20/1) est une modalité qui ne concerne que les condamnés faisant l'objet d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif. Elle permet au ministre de la Justice de libérer un détenu sans titre de séjour soit pour l'éloigner du territoire, soit pour le transférer vers un centre pour illégaux en vue de son éloignement, et ce, à partir de six mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou des peines privatives de liberté auxquelles il a été condamné.

La *libération provisoire pour raisons médicales* (art. 72) est octroyée par le JAP au condamné pour lequel il est établi qu'il se trouve en phase terminale d'une maladie incurable ou que sa détention est devenue incompatible avec son état de santé, à condition qu'il n'existe pas de contre-indications dans son chef (portant sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant l'interruption de l'exécution de la peine, sur le fait qu'il n'a pas de milieu d'accueil ou sur le risque qu'il importune les victimes) et qu'il marque son accord sur les conditions dont la libération est assortie (art. 73).

B. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est inférieure ou égale à trois ans

1679 Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, *Doc*., Sénat, 2004-2005, n°3-1128/1, p. 41.

Un *premier point* expose le régime administratif actuellement applicable pour les peines inférieures ou égales à trois ans jusqu'au 31 août 2023. Le *second point* présente le régime légal tel qu'il est appliqué pour les peines entre deux ans et trois ans, et tel qu'il sera applicable pour l'ensemble des peines inférieures ou égales à trois ans à partir du 1er septembre 2023.

1. Le régime administratif applicable jusqu'au 31 août 2023

La matière reste régie par la voie de circulaires ministérielles. Celles-ci sont peu accessibles et régulièrement modifiées, ce qui constitue une source d'insécurité juridique. Ces circulaires prévoient que le ministre de la Justice, la Direction Gestion de la Détention et les directeurs des établissements pénitentiaires, sont compétents pour décider de l'octroi à ces condamnés de deux modalités, à savoir la surveillance électronique (SE) et la libération provisoire (LP).

1.1. Libération provisoire

En pratique, ces condamnés purgent une partie de leur(s) peine(s) avant de se voir octroyer, à une date qui dépend de la durée de leur(s) peine(s), une libération provisoire. Cette mesure est actuellement réglementée par la circulaire ministérielle no 1817 du 15 juillet 2015, entretemps déjà modifiée à plusieurs reprises[1680], et à laquelle il est par ailleurs dérogé par voie d'une instruction ministérielle du 16 mai 2017, censée être temporaire mais qui est toujours d'application[1681].

Les dates d'admissibilité à la libération provisoire, telles que fixées par cette instruction du 16 mai 2017, sont les suivantes :

Total de la partie à exécuter de la ou des peine(s) d'emprisonnement principal[1682]	**Date d'admissibilité à la libération provisoire**
≤ 4 mois	Immédiate
> 4 mois à ≤ 7 mois	Après 1 mois
> 7 mois à ≤ 1 an	Après 2 mois
> 1 an à ≤ 2 ans	Après 4 mois
> 2 ans à ≤ 3 ans	Après 8 mois

La procédure d'octroi de la libération provisoire diffère selon que la personne est condamnée pour faits de mœurs ou de terrorisme, ou pour d'autres faits : dans la première hypothèse, c'est la DGD qui est compétente pour prendre une décision sur la libération provisoire, tandis que dans la seconde, c'est la direction de la prison qui octroie la mesure.

[1680] Par circulaires ministérielles 1817*bis* du 29 avril 2016, 1817*ter* du 4 juillet 2017 et 1817*quater* du 23 décembre 2021.

[1681] Instruction du ministre Koen Geens aux directeurs de prison du 16 mai 2017 intitulée « La libération provisoire des condamnés subissant une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans », non publiée.

[1682] Des règles spécifiques sont applicables à l'égard des personnes condamnées qui subissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement subsidiaire(s) à une peine d'amende, de travail, de surveillance électronique ou de probation ; voy., à cet égard, O. NEDERLANDT, « Actualités en droit de l'exécution des peines privatives de liberté : un état de crise permanent ? », *in* F. Kuty et Ch. Guillain (coord.), *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 187 ; M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire,* 3e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 283.

Pour les personnes condamnées à une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont le *total à exécuter n'excède pas un an*, l'octroi est automatique dès que la date d'admissibilité est atteinte, et aucun suivi n'est imposé. Si, en revanche, ce *total excède un an*, certaines contre-indications devront être prises en compte et une guidance pourrait éventuellement être imposée au condamné.

La libération provisoire peut être révoquée en cas de condamnation pour un crime ou un délit commis dans un délai correspondant au solde de la peine que le condamné devait encore exécuter lors de l'octroi de la mesure (avec un minimum d'un an)[1683] . Elle pourrait l'être aussi pour non-respect des conditions particulières imposées, si une guidance a été spécifiquement prévue.

1.2. Surveillance électronique

La partie de la peine qui doit être purgée avant d'atteindre la date de libération provisoire doit en principe être exécutée en surveillance électronique, dont le régime est organisé par la circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013[1684]. Si l'exécution en surveillance électronique n'est pas possible, alors le condamné purgera cette partie de peine en prison.

Aux termes de celle-ci, l'octroi éventuel d'une mesure de surveillance électronique est soumis aux conditions générales suivantes : le condamné doit être en mesure de proposer un lieu de résidence adapté à l'exécution de la surveillance électronique et un numéro de téléphone ou de GSM auquel il sera joignable, il doit marquer son accord sur cette modalité d'exécution des peines et il ne peut pas être en séjour illégal en Belgique ; la mesure ne peut par ailleurs pas concerner les condamnés qui subissent une condamnation pour infraction terroriste ; elle ne peut pas davantage être envisagée pour l'exécution d'une mise à la disposition du tribunal de l'application des peines ou d'un emprisonnement subsidiaire à une peine autonome de surveillance électronique.

Pour la majorité des condamnés à des peines jusqu'à trois ans, la décision d'octroi de la surveillance électronique est prise par la direction de la prison, immédiatement après leur incarcération ou dès que la condamnation est passée en force de chose jugée, les condamnés étant ensuite mis en interruption de peine – c'est-à-dire, concrètement, libérés – dans l'attente de l'activation du dispositif électronique. Une procédure spécifique est toutefois prévue par la circulaire ministérielle n° ET/SE-2 en cas de condamnation à plus d'un an pour certains faits d'abus sexuels[1685]. Dans ce cas, la décision

---

1683 C'est la date de commission des faits qui importe, et non celle de la condamnation, qui peut donc emporter révocation de la libération provisoire même si elle intervient au-delà du délai pris en compte, tant que la peine n'est pas prescrite.

1684 Circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013, ayant pour objet la « réglementation de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement lorsque l'ensemble des peines en exécution n'excède pas trois ans d'emprisonnement », entrée en vigueur le 18 juillet 2013, modifiée par la circulaire n° ET/SE-2*bis* du 26 novembre 2015, entrée en vigueur le 27 novembre 2015, par la circulaire n° ET/SE-2*ter* du 29 avril 2016, entrée en vigueur le 1er mai 2016, et par la circulaire n° ET/SE-2*quater* du 4 juillet 2017, entrée en vigueur le même jour, toutes ayant le même objet. Voy. aussi la lettre collective n°138 du 29 avril 2016 de la DG EPI qui rend applicable la circulaire n° ET/SE-2 aux condamnés qui subissent l'emprisonnement subsidiaire à une peine de probation autonome.

1685 Sont plus précisément visés les condamnés subissant une ou plusieurs peines dont le total dépasse un an, soit pour des faits visés aux articles 371/1 à 378 du Code pénal (voyeurisme, attentat à la pudeur et viol), soit pour des faits visés aux articles 379 à 387 du même Code (corruption de la jeunesse, prostitution et outrages publics aux mœurs) pour autant qu'ils aient été commis sur des mineurs ou avec leur participation. En application de l'article 116 de la loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, ces références doivent désormais s'entendre comme des références aux dispositions équivalentes insérées dans le Code pénal,

d'octroi doit être prise par la Direction Gestion de la Détention sur la base d'un avis motivé du directeur de la prison et après avoir analysé les contre-indications éventuelles.

Les personnes condamnées à maximum trois ans d'emprisonnement qui sont placées sous surveillance électronique ne sont pas nécessairement accompagnées et suivies par un assistant de justice. En réalité, et d'après la circulaire ministérielle n° ET/SE-2, l'intervention de l'assistant de justice est réservée à celles qui ont encore à subir plus de trois mois de privation de liberté avant d'atteindre la date d'admissibilité à la libération provisoire. Dans les autres cas, en revanche, la mesure prend la forme d'une simple détention à domicile, sans guidance spécifique.

Sauf révocation en cours d'exécution, la surveillance électronique prend en principe[1686] fin, pour les personnes condamnées à des peines dont le total à exécuter n'excède pas trois ans, par l'octroi d'une mesure de libération provisoire.

2. Le régime légal

Avec l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 17 mai 2006 qui concernent spécifiquement les personnes condamnées à des peines privatives de liberté n'excédant pas trois ans, c'est un tout nouveau régime qui devrait voir le jour. Après avoir présenté les mesures auxquelles ces condamnés pourront désormais prétendre et les conditions d'octroi de celles-ci (2.1.), nous détaillerons les procédures applicables (2.2.) et le suivi en cas d'octroi d'une modalité (2.3).

2.1. Modalités et conditions d'octroi

Le JAP pourra octroyer aux condamnés les modalités suivantes : détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle et libération provisoire en vue de l'éloignement ou de la remise.

La *détention limitée* (art. 21) est une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière, l'établissement pénitentiaire pour une durée déterminée de maximum seize heures par jour. Elle peut être accordée au condamné afin de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison.

La *surveillance électronique* (art. 22) est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit l'ensemble ou une partie de sa peine privative de liberté en dehors de la prison selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques.

La durée de la surveillance électronique ou de la détention limitée est, en principe, égale au solde de la peine encore à purger.

---

conformément au tableau de concordance publié au *M.B*. du 10 mai 2022.

1686 La mesure pourrait également être suspendue si le condamné est placé sous mandat d'arrêt pour d'autres faits, ou devenir caduque si une nouvelle peine est mise à exécution à son égard qui porte à plus de trois ans le total des peines à exécuter.

La *libération conditionnelle* (art. 24) est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit sa peine en dehors de la prison moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé, d'une durée minimale d'un an. Notons que la libération conditionnelle est la seule modalité qui était réglée par la loi avant l'adoption des lois de 2005 et 2006. Elle a en effet été introduite par la loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal, sous l'impulsion du ministre de la Justice Jules Lejeune et l'influence d'Adolphe Prins, dans le but de favoriser l'amendement des condamnés. Si de nombreux débats ont eu lieu en vue de modifier la loi de 1888 et de réformer la libération conditionnelle, c'est finalement l'affaire Dutroux en 1996 qui a accéléré les projets de réforme. Une législation provisoire a été adoptée, à savoir les lois du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et du 18 mars 1998 instituant des commissions de libération conditionnelle, dans l'attente d'une réforme plus globale : celle qui a eu lieu avec l'adoption des lois de 2005 et de 2006.

L'article 25/3 définit deux modalités : d'une part, la *mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire*, d'autre part, la *mise en liberté provisoire en vue de la remise*. La *mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire* est un mode d'exécution de la peine qui permet à un condamné, pour qui il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner en Belgique, d'être libéré pour subir sa peine dans son pays d'origine, moyennant le respect de conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé. Quant à la *mise en liberté provisoire en vue de la remise*, il s'agit d'une mise en liberté en vue de transférer un condamné dans un autre pays, sur la base d'un jugement exécutoire ou d'un titre exécutoire.

L'octroi de ces différentes mesures est subordonné à deux types de conditions : une condition de temps, d'une part, et une condition tenant à l'absence de contre-indications, de l'autre.

Conditions de temps

La détention limitée et la surveillance électronique pourront être octroyées aux condamnés à des peines qui ne dépassent pas trois ans au plus tôt six mois avant la date de leur admissibilité à la libération conditionnelle (art. 23, § 1er). La libération conditionnelle et la libération en vue de l'éloignement ou de la remise pourront, quant à elles, leur être octroyées dès qu'ils auront subi un tiers de leurs peines, sans que la loi ne fasse de distinction en fonction d'une éventuelle situation de récidive légale (art. 25, § 1er et 26, § 1er).

Contre-indications

En ce qui concerne les contre-indications, elles varient selon les modalités. La surveillance électronique et la libération conditionnelle ne peuvent être octroyées que si le JAP ne retient pas une contre-indication, ne pouvant être contrée par l'imposition de condition(s), et portant sur : 1° l'impossibilité pour le condamné de subvenir à ses besoins ; 2° le risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers ; 3° le risque que le condamné importune les victimes ; 4° l'attitude du condamné à l'égard des victimes ; 5° les efforts consentis par le condamné pour indemniser la partie civile, compte tenu de sa situation patrimoniale. Les mêmes contre-indications, à l'exception de la première, sont également applicables pour la détention limitée (art. 28, §1er). Une grande différence de régime avec celui des condamnés à des peines de plus de trois ans, est que ces condamnés ne doivent pas présenter de perspectives de réinsertion sociale ni de plan de reclassement. Quant à la libération en vue de l'éloignement ou de la remise, le JAP ne doit analyser que les contre-indications 2, 3 et 5.

2.2. Procédure

Au niveau de l'introduction et de l'instruction de la demande, il faut distinguer selon que la personne condamnée doit attendre qu'il soit statué sur sa demande en étant détenue ou non. En effet, si, en principe, toute personne condamnée à une peine privative de liberté doit d'abord être incarcérée avant de pouvoir solliciter une modalité auprès du JAP, une exception a été introduite afin de permettre au condamné d'introduire cette demande « tout en étant en liberté ».

Pour pouvoir prétendre à la procédure « tout en étant en liberté », le condamné doit remplir trois conditions. Premièrement, il doit être immédiatement dans les temps pour l'octroi d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique, c'est-à-dire qu'il doit se trouver, à six mois près, dans les conditions de temps pour l'octroi d'une libération conditionnelle. Compte tenu des conditions de temps prévues pour l'octroi de la libération conditionnelle (à savoir le fait d'avoir purgé un tiers de ses peines), cela vise en réalité tous les condamnés à une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont le total de la partie à exécuter ne dépasse pas dix-huit mois (voire même des condamnés à des peines plus longues mais qui auraient subi quelques semaines ou mois de détention préventive avant d'être remis en liberté et qui, déduction faite de cette détention préventive précédemment subie, n'auraient plus que six mois maximum à purger avant d'être admissibles à la libération conditionnelle)[1687]. Deuxièmement, le condamné doit s'être spontanément présentés à la prison[1688] dans le délai de cinq jours ouvrables[1689] après la réception de leur billet d'écrou. Troisièmement, il ne doit pas avoir été condamné pour infractions sexuelles ou terroristes.

Si le condamné n'est pas détenu et bénéficie de la procédure « tout en étant en liberté », à son arrivée à la prison, il est inscrit administrativement dans l'établissement pénitentiaire et informé de ses droits. Après que le greffe a vérifié qu'il est bien dans les temps pour ce faire, il peut introduire immédiatement une demande de surveillance électronique ou de détention limitée. Sa demande écrite, faite au greffe de la prison, sera transmise par celui-ci dans les 24 heures au greffe du TAP[1690] et au ministère public (art. 29, § 2/1, al. 1er). Le condamné se voit alors accorder de plein droit une suspension de l'exécution de sa peine qui lui évite de devoir séjourner en prison dans l'attente de la décision du JAP[1691]. Cette suspension – octroyée une seule fois – se prolonge jusqu'à ce que le jugement du JAP soit passé en force de chose jugée

---

1687 Projet de loi portant opérationnalisation de la procédure d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, Exposé des motifs, *Doc. parl*., Ch., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1979/001, pp. 8-9.

1688 La personne condamnée doit se présenter à la maison d'arrêt de l'arrondissement (si possible, de la division) de son lieu de domicile ou de résidence, ou, à défaut, à la maison d'arrêt du ressort (voy. Circulaire COL 06/2022 commune provisoire du ministre de la Justice, des ministres des entités fédérées et du Collège des procureurs généraux – L'exécution des peines privatives de libertés de trois ans ou moins, p. 24).

1689 *Ibid.*, p. 23. Eu égard à la grande précarité qui caractérise généralement le public visé par la justice pénale, ce délai nous paraît très court, en tous cas lorsque la remise du billet d'écrou n'a pas pu se faire en mains propres.

1690 La question se pose de savoir quel tribunal sera territorialement compétent, sachant que la compétence territoriale des TAP est en principe définie en fonction de l'établissement pénitentiaire dans lequel le condamné est détenu (art. 635, § 1er, al. 1er, C. jud.) mais que, pour un condamné non détenu, elle est déterminée par le domicile ou la résidence de ce dernier (art. 635, § 1er, al. 4 C. jud.). Dans la mesure où le condamné qui bénéficie de la procédure « tout en étant en liberté » a malgré tout statut de détenu au moment où il fait sa demande au greffe de la prison, il nous semble que c'est bien la règle de l'alinéa 1er et non celle de l'alinéa 4 qui doit trouver à s'appliquer.

1691 Le ministère public ayant toutefois la possibilité d'incarcérer ce condamné s'il met gravement en péril l'intégrité physique ou psychique de tiers ou s'il existe un danger qu'il se soustraie à l'exécution de la peine (art. 29, § 2/2 loi SJE).

ou, en cas d'octroi de la surveillance électronique, jusqu'au moment du placement effectif sous surveillance électronique. La prescription des peines contenues dans la demande ne court pas durant cette période de suspension (art. 29, § 2/1, al. 2).

Le condamné dispose ensuite d'un délai de quinze jours ouvrables pour étoffer sa demande et déposer au greffe du TAP un dossier reprenant les éléments pertinents pour statuer sur la modalité d'exécution de la peine qu'il sollicite[1692] (art. 29, § 2/1, al. 3). Il devra également fournir les éléments permettant au JAP d'apprécier les contre-indications éventuelles[1693] (art. 29, § 2/1, al. 4). Il n'est pas prévu que le directeur rende un avis sur la demande initiale de surveillance électronique ou de détention limitée (puisque le condamné n'a, en principe, pas séjourné en prison). S'il obtient une surveillance électronique et qu'il souhaite ensuite demander une libération conditionnelle, le condamné introduit une demande écrite au greffe du TAP en y joignant les éléments pertinents pour permettre au juge de statuer. Dans ce cas, il n'y a pas non plus d'avis du directeur prévu, puisque le condamné n'aura jamais été effectivement incarcéré (art. 30, § 3). La situation est différente dans le cas où le condamné a obtenu une détention limitée avant de solliciter une libération conditionnelle : puisqu'il séjourne partiellement en prison en détention limitée, sa demande écrite de libération conditionnelle devra être introduite au greffe de la prison et le directeur devra rendre un avis au plus tard dans le mois qui suit (art. 30, § 1er /1 et § 2).

Si le condamné est détenu, il dépose sa demande au greffe de la prison, qui la transmet dans les 24 heures au greffe du TAP et en remet une copie au directeur (art. 29, § 2 et art. 30, § 1er/1, al. 2). Le directeur devra ensuite entendre le condamné et constituer le dossier (art. 29, § 3 et art. 31). Le directeur rend son avis dans le mois de l'introduction de la demande, et ce, pour toutes les modalités (art. 29, § 3, art. 30, § 2).

À l'égard des condamnés à des peines d'emprisonnement qui ne dépassent pas trois ans, l'avis du ministère public près du TAP n'a pas de caractère obligatoire. Il en rédigera un « dans les cas où il l'estime utile », étant entendu que le Collège des procureurs généraux peut édicter des directives à cet égard (art. 33, § 1er loi SJE). Ces directives, contenues dans la COL 06/22[1694], prévoient que les cas dans lesquels le ministère public émet obligatoirement un avis seront assez fréquents puisqu'il s'agit des hypothèses suivantes : peines d'emprisonnement effectives de plus de 18 mois, peines d'emprisonnement de 18 mois ou moins pour certaines infractions (terrorisme, homicide involontaire par accident de la circulation, prise d'otage, torture, traitement inhumain, mœurs, organisation criminelle, violences intrafamiliales et maltraitances d'enfants), condamnations avec mise à disposition du TAP, condamnations en récidive légale et procédures de modification d'une interdiction de résidence. De même, un avis écrit sera émis lorsque le JAP décide d'organiser une audience. Si le parquet décide de rédiger un avis, il

---

1692 Concrètement, s'il demande une surveillance électronique, il devra fournir des informations précises sur la manière dont il entend occuper utilement ses journées, sur l'endroit où la surveillance électronique se déroulera et l'accord des cohabitants majeurs de cet endroit ; et s'il s'agit d'une demande de détention limitée, les informations devront porter sur les intérêts d'ordre professionnel, de formation ou familial qui requièrent sa présence hors de la prison. Cette exigence peut sembler en contradiction avec le fait qu'il n'y a pas de contre-indication liée à l'absence de plan de reclassement. Elle ne peut, en tous les cas, avoir pour conséquence d'exiger un tel plan.

1693 L'exposé des motifs précise qu'il s'agira pour le condamné d'indiquer comment il compte subvenir à ses besoins, quelle est sa dette, quelle est son attitude à l'égard des victimes et quelles sont les preuves d'indemnisation des parties civiles (Projet de loi portant opérationnalisation de la procédure d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1979/001, p. 16).

1694 Circulaire COL 06/2022 commune provisoire du ministre de la Justice, des ministres des entités fédérées et du Collège des procureurs généraux – L'exécution des peines privatives de libertés de trois ans ou moins, pp. 29-30.

dispose pour ce faire d'un délai de dix jours ouvrables[1695]. Dans tous les cas où la loi n'a pas prévu d'avis préalable du directeur, le parquet peut, le cas échéant, solliciter des maisons de justice, la rédaction d'un rapport d'information succinct ou la réalisation d'une enquête sociale avant de rendre son avis (art. 33, § 2, loi SJE).

Le JAP doit en principe statuer dans le mois qui suit :

- soit la réception de l'avis du directeur (lorsqu'il est prévu) ;
- soit l'expiration du délai de quinze jours dont le condamné en suspension de peine bénéficie pour déposer son dossier au greffe du TAP en cas de demande de détention limitée ou de surveillance électronique ;
- soit la demande de libération conditionnelle introduite au greffe du TAP par un condamné qui « tout en étant en liberté » s'est vu octroyer la surveillance électronique.

Il ne peut, en toute hypothèse, statuer qu'au plus tôt après réception de l'avis du ministère public ou après expiration du délai imparti au ministère public pour communiquer son avis (art. 34, § 1er). Le JAP prend normalement sa décision sur la base du dossier écrit, mais il pourrait aussi solliciter des informations complémentaires, charger les maisons de justice de rédiger un rapport d'information succinct ou de réaliser une enquête sociale sur le milieu d'accueil, ou encore juger nécessaire d'organiser une audience et, dans ces trois cas, le délai pour statuer peut être prolongé d'un mois maximum (art. 34, § 2, al. 1er). Il est même possible qu'après avoir sollicité des informations supplémentaires ou obtenu un rapport d'information succinct ou une enquête sociale, le JAP estime encore nécessaire d'organiser en outre une audience, et dans ce cas-là, une seconde prolongation de maximum un mois pourrait venir s'ajouter à la première (art. 34, § 2, al. 4).

Si le JAP décide d'organiser une audience, il communique sans délai cette information au ministère public, au directeur (si le condamné est en détention) et au condamné, qu'il peut inviter, par la même occasion, à lui communiquer par écrit, dans un délai qu'il fixe, des informations complémentaires (art. 36, § 1er). Le dossier peut être consulté par la personne condamnée et son avocat au moins quatre jours avant la date fixée pour l'audience au greffe du TAP ; la personne condamnée peut demander une copie du dossier (art. 36, § 3). Le JAP entend à l'audience la personne condamnée, son conseil, le ministère public et le directeur (si le condamné est en détention), ainsi que, le cas échéant, la victime[1696] ou d'autres personnes (art. 36, § 4). L'audience a lieu à huis clos (art. 36, § 5), mais après trois refus de se voir octroyer une même modalité d'exécution de la peine, la personne condamnée peut demander à comparaître en audience publique (art. 37, al. 2).

1695 Le délai commence à courir à la réception de l'avis du directeur, lorsqu'un tel avis est prévu. Dans les cas, par contre, où le directeur ne doit pas émettre d'avis, il faut distinguer selon l'objet de la demande. S'il s'agit d'une demande de détention limitée et de surveillance électronique introduite par un condamné qui, dès son entrée en prison, se trouve immédiatement dans les conditions (art. 29, § 2/1), le délai commence à courir à partir de l'expiration du délai de quinze jours ouvrables prévu pour le dépôt, par le condamné, de son dossier au greffe du TAP. S'il s'agit d'une demande de libération conditionnelle introduite par un condamné qui « tout en étant en liberté » s'est vu octroyer la surveillance électronique par le JAP (art. 30, § 3), le délai de dix jours ouvrables court à partir de l'introduction de la demande au greffe du TAP.

1696 Qui n'est entendue que sur les conditions particulières à imposer dans son intérêt et n'est présente à l'audience que le temps nécessaire à l'examen de ces conditions.

Si une audience s'est tenue, le JAP doit rendre sa décision dans les quatorze jours de la mise en délibéré (art. 36, § 6). La loi ne prévoit pas la possibilité pour le JAP d'octroyer des remises lors des audiences.

Le JAP peut faire usage de l'article 59, lui permettant d'octroyer de manière exceptionnelle une autre modalité que celle demandée, et notamment des permissions de sortie et congés pénitentiaires.

Si le JAP n'accorde pas la modalité sollicitée, il indique dans son jugement la date à laquelle la personne condamnée peut introduire une nouvelle demande, sans que ce délai ne puisse excéder six mois à compter du jugement (art. 45). Si elle bénéficiait de la procédure « tout en étant en liberté », la personne condamnée devrait logiquement être incarcérée une fois la décision de refus du JAP passée en force de chose jugée, puisque la suspension de l'exécution de sa peine prend fin à ce moment. Même si elle introduit de nouvelles demandes, elle ne bénéficiera plus d'une nouvelle suspension de peine dans ce cadre.

La personne condamnée qui se voit refuser l'octroi d'une modalité par le JAP dans le cadre d'une procédure écrite, peut demander à être entendue à l'occasion de l'examen de sa demande suivante (art. 37, al. 1er).

L'article 61 permet au JAP de prendre une nouvelle décision, sur réquisition du ministère public, s'il se produit, après la décision d'octroi mais avant son exécution, une situation incompatible avec les conditions fixées dans la décision.

2.3. Le suivi en cas d'octroi d'une modalité

Si le JAP octroie une modalité d'exécution de la peine, cette modalité est accordée moyennant l'imposition du respect de conditions générales, à savoir : ne pas commettre d'infractions, avoir une adresse fixe (sauf pour la détention limitée et la libération en vue de l'éloignement) et en cas de changement d'adresse, en informer le ministère public et le cas échéant, l'assistant de justice, donner suite aux convocations du ministère public, et le cas échéant, de l'assistant de justice, et quitter effectivement le territoire pour la libération en vue de l'éloignement (art. 39). Le JAP peut également fixer des conditions particulières individualisées si celles-ci sont nécessaires pour limiter le risque de récidive ou dans l'intérêt de la victime (art. 40). Il peut notamment prévoir l'obligation de suivre un traitement ou une guidance pour les délinquants sexuels ou l'obligation de suivre un parcours d'accompagnement pour les condamnés pour faits de terrorisme ou qui présentent des signes d'extrémisme violent (art. 41).

Dès lors que la procédure a lieu en principe par écrit, la loi ne prévoit plus que la personne condamnée marque son accord à l'audience sur les conditions liées à l'octroi d'une modalité. Elle devra en l'occurrence le faire lorsqu'elle prendra connaissance du jugement (art. 46, § 1er, al. 1er).

Le JAP qui octroie une surveillance électronique ou une détention limitée peut d'emblée assortir celles-ci de congés pénitentiaires (art. 43, § 1er), mais une procédure est également prévue pour permettre au condamné de demander des congés *a posteriori*, après la décision d'octroi de la surveillance électronique ou de la détention limitée (art. 43, § 2). Si le condamné a bénéficié de la procédure « tout en étant en liberté », cette demande *a posteriori* sera traitée selon une procédure simplifiée, sans devoir recueillir l'avis ni du directeur ni du ministère public (art. 43, § 2/1).

Une guidance par l'assistant de justice est, en principe, obligatoire si des conditions particulières ont été imposées ou qu'une surveillance électronique est accordée (art. 62, § 2). Cela risque d'entraîner une augmentation considérable de la charge de travail des maisons de justice puisque, jusqu'à présent, les assistants de justice ne rencontraient les personnes condamnées à des peines jusqu'à trois ans placées en surveillance électronique que s'il restait à celles-ci au moins trois mois de peine à purger avant d'être admissibles à la libération provisoire et que, dans leur très grande majorité, les mesures de libération provisoire n'impliquaient pas non plus de guidance pour les condamnés. Etant donné que la mise en œuvre de la guidance relève de la compétence des Communautés, celles-ci ont adopté des règles propres régissant les missions des maisons de justice dans le cadre des peines de trois ans ou moins. Vu le nombre de mesures à prévoir, la Communauté française[1697] a ainsi opté pour des horaires-types en surveillance électronique, plutôt que des horaires individualisés[1698]. En outre, une fois que la moitié du solde de la peine aura été purgée, la surveillance électronique sera limitée à un couvre-feu[1699].

Pour le reste, les règles relatives au suivi des personnes condamnées à des peines jusqu'à trois ans sont identiques à celles qui sont prévues pour les personnes condamnées à des peines de plus de trois ans et qui seront étudiées ci-après (*infra*, point C. 3. Suivi).

2.4. Les enjeux de la réforme

Le risque d'explosion de la population carcérale à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau régime légal est réel et a d'ailleurs été dénoncé par l'ensemble des experts auditionnés lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 5 mai 2019[1700]. Les peines d'emprisonnement de plus de dix-huit mois donneront en effet désormais lieu à un séjour effectif en prison, alors que jusqu'à présent, la plupart des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de maximum trois ans commençaient d'emblée à exécuter leur peine sous bracelet électronique, sans devoir être incarcérées. En outre, là où les personnes condamnées jusqu'à trois ans bénéficiaient quasiment toutes de la libération provisoire après avoir purgé une partie incompressible (assez courte) de leur peine, la partie incompressible à purger sera dorénavant plus longue et la libération (conditionnelle désormais) ne sera plus automatique, mais devra être octroyée au cas par cas par le JAP après examen des contre-indications.

L'augmentation de la population carcérale pourrait aussi être aggravée à la suite de l'allongement du temps passé en détention par l'ensemble des personnes condamnées. L'entrée en vigueur du nouveau régime va en effet accroître la charge de travail de tous les acteurs de l'exécution des peines (services psychosociaux, directeurs de prison, maisons de justice, juges

---

1697 Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 25 novembre 2021 portant exécution du décret du 14 juillet 2021 relatif à la capacité de placement de la Communauté française pour assurer la mise en œuvre et le suivi de la surveillance électronique, et au programme horaire des justiciables condamnés à une peine privative de liberté de trois ans ou moins, *M.B.,* 8 décembre 2021.

1698 Trois horaires-types sont prévus selon que l'intéressé exerce une occupation à temps plein ou à mi-temps ou n'a pas d'occupation journalière (art. 4, § 1er, de l'arrêté du 25 novembre 2021).

1699 Dans ce cas, l'intéressé doit être présent à son domicile de 22 heures à 6 heures. L'autorité mandante, c'est-à-dire le JAP, peut néanmoins s'opposer à cette modification d'horaire (art. 4, § 3, de l'arrêté du 25 novembre 2021).

1700 Voy. le Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par Laurette Onkelinx et Stefaan Van Hecke, *Doc. Parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n°54-3527/007, pp. 15-58.

et tribunaux de l'application des peines)[1701], avec le risque que le traitement des dossiers des condamnés (aussi à des peines supérieures à trois ans) soit également impacté. Si des recrutements ont eu lieu au sein du pouvoir judiciaire comme du côté des maisons de justice de la FWB, la crainte est que le personnel reste insuffisant pour faire face à l'ensemble des nouvelles tâches.

Cependant, laisser subsister le régime administratif ne semblait pas opportun, en ce qu'il alimentait lui-même l'inflation carcérale. En effet, l'insécurité juridique inhérente à ce régime organisé par des textes administratifs peu accessibles et pouvant être modifiés à tout moment, entraînait toute une série d'effets pervers. Parmi ceux-ci, la fausse croyance en l'inexécution des peines jusqu'à trois ans[1702] avait pour conséquence un recours accru à la détention préventive[1703] et un allongement des peines privatives de liberté (les juges du fond – bien qu'admettant mal connaître la matière de l'exécution des peines[1704] – prononçant des peines de plus de trois ans pour s'assurer que la personne condamnée se trouvera dans la catégorie de peines échappant aux possibilités de libération anticipée automatique[1705]). Un régime légal, bénéficiant de davantage de sécurité juridique, couplé à l'intervention du ministère public et du pouvoir judiciaire dans la procédure, devrait davantage emporter la confiance des juges d'instruction et des juges du fond et pourrait dès lors contribuer à tempérer le recours accru à la détention préventive et l'allongement des peines privatives de liberté[1706], c'est à tout le mois ce qu'il y a lieu d'espérer.

1701 La cellule stratégique du ministre de la Justice a ainsi calculé que 6.463 dossiers seraient transférés du pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire, ce qui revient à doubler la charge de travail des TAP puisque ces derniers traitaient, au moment des débats parlementaires, environ 6.000 dossiers (Proposition de loi modifiant la loi SJE « en vue d'adapter la procédure devant le juge de l'application des peines en ce qui concerne les peines privatives de liberté de trois ans ou moins », Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par Laurette Onkelinx et Stefaan Van Hecke, *Doc. Parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n°54-3527/007, p. 40).

1702 On l'a vu : ces peines sont exécutées en partie, jusqu'à l'accès à la libération provisoire, soit en surveillance électronique, soit en prison ; sans oublier que leur exécution implique aussi une incarcération effective lorsqu'elles se cumulent pour dépasser le seuil de trois ans.

1703 S. SNACKEN, « Conclusions générales », L. Aubert (dir.), *La détention préventive : comment sans sortir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 251-252 ; E. MAES, « Elektronish toezicht als autonome straf. Een maat voor niets, zelfs een bedreiging voor een evenwichtige strafuitvoering ? », *Fatik - Tijdschrift voor strafbeleid en gevangeniswezen*, 2014/141, p. 29.

1704 K. BEYENS, C. FRANCOISE et V. SCHEIRS, « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *Déviance et société*, 2010, vol. 34(3), p. 408 : l'enquête menée auprès des magistrats par ces auteurs révèle que plus de la moitié des magistrats n'ont que peu, voire pas du tout, connaissance de l'exécution des peines d'emprisonnement. Un magistrat explique par exemple « Ce sont des bruits qui courent : ''Tiens, tu as entendu la circulaire du ministre, pour l'instant, c'est tellement plein qu'on n'exécute plus qu'à partir de six mois''. C'est peut-être vrai, mais l'information est partielle (…). Il n'y a pas d'informations très claires et chacun se fait alors un peu son petit cinéma ».

1705 Deux recherches réalisées sur la base d'interviews des juges ont pu le démontrer : K. BEYENS, C. FRANCOISE et V. SCHEIRS, « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *op. cit.*, pp. 419-420 ; D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Erès, 2015, p. 64, pp. 266-268.

1706 Nadia Goossens, JAP du TAP de Gand, entendue en commission, déclarera à cet égard que « si le juge correctionnel sait que chaque peine fait l'objet d'un début d'exécution et partant d'un suivi également, il en résultera aussi une modification dans la fixation de la peine » (Proposition de loi modifiant la loi du 17 mai 2006 (…), Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par Laurette Onkelinx et Stefaan Van Hecke, *Doc. Parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n°54-3527/007, p. 28). Le ministre de la Justice en est aussi convaincu : « si le juge pénal sait quelles suites seront données à la peine qu'il a prononcée, il pourrait prononcer des peines moins lourdes » (Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par Laurette Onkelinx et Stefaan Van Hecke, *Doc. Parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n°54-3527/010, p. 10) ; voyez dans le même sens la déclaration du député Stefaan Van Heck (Ecolo-Groen) et du ministre (Projet de loi portant opérationnalisation de la procédure d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, Rapport fait au nom de la commission de la Justice fait par Mmes Claire Hugon et Sophie De Wit, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord.

C. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est supérieure à trois ans

Les articles 47 à 67 de la loi du 17 mai 2006 confient au TAP la compétence de statuer sur les demandes des personnes condamnées à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est *supérieure* à trois ans de se voir octroyer une modalité d'exécution de leur(s) peine(s). Le TAP est une juridiction multidisciplinaire composée de trois membres : le juge de l'application des peines et deux assesseurs, l'un spécialisé en matière pénitentiaire, l'autre spécialisé en réinsertion sociale.

1. Modalités et conditions d'octroi

Les modalités que les condamnés peuvent solliciter de la part du TAP sont les suivantes : la détention limitée (DL), la surveillance électronique (SE), la libération conditionnelle (LC) ou la libération provisoire en vue de l'éloignement (LPE) ou de la remise (pour la définition de ces modalités, voy. *supra*, §4, B, 2, 2.1.). Comme nous l'avons déjà souligné, dans certains cas, le TAP est aussi compétent pour octroyer des permissions de sortie ou des congés pénitentiaires (en cas de situation exceptionnelle (art. 59), dans le cadre d'une suspension d'une autre modalité (art. 66) ou pour les condamnés privés de liberté en raison d'une mise à la disposition du TAP (art. 95/11 et 95/12)). Pour les condamnés mis à la disposition du TAP, le TAP est compétent pour ordonner la privation de liberté à l'issue de l'exécution de la ou des peine(s) principale(s), et le cas échéant, pour leur octroyer des modalités d'exécution de la peine.

La détention limitée et la surveillance électronique peuvent être octroyées au condamné qui se trouve, à six mois près, dans les conditions de temps pour l'octroi d'une libération conditionnelle (art. 23).

L'article 25 prévoit les règles qui fixent la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, c'est-à-dire la date à partir de laquelle le condamné peut se voir octroyer cette libération. Cette date est cruciale, puisque nous avons vu que les dates d'admissibilité de nombreuses autres modalités d'exécution de la peine se calculent *en fonction* de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle :

- 2 ans avant permissions de sortie,
- 1 an avant : congés pénitentiaires,
- 18 mois avant : placement en maison de transition,
- 6 mois : détention limitée et surveillance électronique.

L'article 25 prévoit comme règle générale que le condamné doit avoir subi un tiers de sa ou ses peines pour se voir octroyer une libération conditionnelle (art. 25, § 2, a.). Un plafond est toutefois prévu : la durée obtenue en additionnant les parties de peines à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle ne peut excéder quatorze ans (art. 25, § 2, a. et b.). L'article 25 prévoit ensuite différentes exceptions à cette règle.

2020-2021, n° 55-1979/003, p. 6-7). Voy. encore : Cour des Comptes, *Mesures de lutte contre la surpopulation carcérale*, Bruxelles, décembre 2011, p. 157 : « L'exécution de toutes les peines de courte durée, y compris celles inférieures à six mois, redonnera à l'exécution des peines une plus grande crédibilité auprès de la magistrature (et, par extension, auprès de l'opinion publique) permettant ainsi de diminuer la fixation de la peine et d'assurer une exécution plus correcte des peines. Le nombre de condamnés à des peines de longue durée devrait baisser et les conséquences sur la surpopulation carcérale devraient être positives »

S'il était au départ prévu que le condamné devait avoir subi deux tiers de sa ou ses peines prononcées en état de récidive (art. 25, § 2, b.), cette règle a été annulée par divers arrêts de la Cour constitutionnelle ; l'introduction de l'article 55*bis* dans le Code pénal ne semble pas avoir réparé les discriminations existantes si bien que ce seuil de deux tiers ne devrait toujours pas être pris en compte à l'heure actuelle, bien que la question soit controversée[1707]. Un récent arrêt de la Cour constitutionnelle n'a pas permis de trancher la controverse[1708], mais la Cour de cassation a confirmé dans un arrêt du 3 novembre 2021 que les discriminations subsistaient, si bien que le seuil de 2/3 n'est pas applicable[1709].

Un condamné à une peine privative de liberté de trente ans ou à perpétuité doit avoir subi *quinze ans* de cette peine (art. 25, § 2, c.). Par ailleurs, s'il a précédemment été condamné à une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement ferme pour un certain nombre de faits considérés comme graves (voir énumération des articles du Code pénal dans l'article 25), il doit avoir subi au moins *dix-neuf ans* de cette peine s'il s'est écoulé moins de dix ans entre le moment où il a purgé sa peine ou le moment où sa peine a été prescrite et les nouveaux faits (art. 25, § 2, d.). Enfin, si ce condamné a subi une condamnation antérieure à une peine criminelle, il doit avoir subi *vingt-trois ans* avant de se voir octroyer une libération conditionnelle (art. 25, § 2, e.). Rappelons toutefois que ces plafonds peuvent être augmentés si la juridiction décide de prononcer une période de sûreté (*supra*).

Les conditions pour obtenir une surveillance électronique, une détention limitée ou une libération conditionnelle sont prévues aux articles 47 et 48 de la loi.
L'article 47, § 1er, prévoit que l'octroi de ces modalités n'est possible qu'en l'absence des cinq contre-indications suivantes, auxquelles la fixation de conditions particulières ne peut répondre :

1. l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné,
2. le risque de perpétration de nouvelles infractions graves,
3. le risque que le condamné importune les victimes,
4. l'attitude du condamné à l'égard des victimes des infractions qui ont donné lieu à sa condamnation, et
5. les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné.

L'article 48 exige que le dossier du condamné contienne un plan de réinsertion sociale indiquant ses perspectives de réinsertion. Les TAP ont des exigences élevées à l'égard du contenu de ces plans[1710]. Les TAP attendent des personnes condamnées qu'elles élaborent un plan de réinsertion qui présente le cadre dans lequel elles entendent vivre (milieu d'accueil), ce qu'elles entendent faire de leur emploi du temps (occupation) et ce qu'elles comptent mettre en place pour prendre en charge leurs problématiques criminogènes (suivi(s) psychosocial,

---

1707 Voy., à ce sujet, M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis* : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J. T.*, 2019, pp. 490 – 492 ; Ch. GUILLAIN, « Actualités en droit pénal général: nouveautés en matière de récidive et de concours d'infractions », *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Ch. Guillain et Fr. Kuty (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 49 à 78.

1708 C.C., 14 octobre 2021, n°138/2021.

1709 Cass., 3 novembre 2021, RG P.21.1302.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, p. 50 et note M.-A. BEERNAERT, « Correctionnalisation des crimes et récidive légale : les problèmes subsistent, les solutions aussi… ».

1710 O. NEDERLANDT, « Enquête auprès des tribunaux de l'application des peines en Belgique. Que devient le pouvoir judiciaire, et le droit qu'il protège, lorsqu'il franchit la porte des prisons ? », *Les frontières de la privation de liberté*, Paris, Mare et Martin, Collection ISJPS, 2021, pp. 33 – 55.

psychiatrique, financier ou autre). Le plan doit être tout à fait concrétisé, c'est-à-dire que les trois volets du plan doivent être immédiatement accessibles et disponibles : il faut qu'à la sortie de prison, la personne condamnée puisse directement rejoindre le milieu d'accueil, qu'elle puisse immédiatement commencer son occupation et entamer son(ses) suivi(s). Ce plan de réinsertion ne vise pas à répondre aux besoins et aux aspirations des condamnés (besoin de rapprochement familial, besoin d'exercer une activité qui fasse sens pour lui…), mais à contrer le risque de récidive. Pour évaluer ce risque de récidive, les TAP s'appuient principalement sur le rapport rédigé par le service psychosocial de la prison.

Quant aux conditions d'octroi de la libération en vue de l'éloignement, les conditions de temps sont identiques à celles qui sont prévues en matière de libération conditionnelle (art. 26) et l'absence de seulement trois contre-indications doit être vérifiée, à savoir le risque de perpétration de nouvelles infractions graves, le risque que le condamné importune les victimes et les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné (art. 47, § 2).

2. Procédure

Pour saisir le TAP, le condamné introduit une demande écrite (art. 49 et 50). Le directeur de prison doit alors rédiger un avis écrit, contenant une proposition motivée d'octroi ou de refus de la modalité, après avoir entendu le condamné et constitué un dossier. Ce dossier comprend toute une série de documents : fiche d'écrou, rapport du directeur, avis spécialisé si le condamné a été condamné pour des faits de mœurs ou en cas de problématique de terrorisme ou d'extrémisme violent, les remarques de la conférence du personnel si le condamné a demandé à être entendu par cette instance, le mémoire du condamné ou de son conseil, … (art. 31 et 49). Pour rédiger son avis, le directeur sollicite quasiment toujours un avis du service psychosocial de la prison. Dans les deux mois de la demande de surveillance électronique/détention limitée, ou dans les quatre mois de la demande de libération conditionnelle/ libération provisoire en vue de l'éloignement ou de la remise, le directeur doit envoyer son avis au greffe du TAP. Dans le mois de la réception de l'avis du directeur, le ministère public doit aussi rédiger un avis motivé sur l'octroi ou le refus de la modalité (art. 51). L'audience devant le TAP a lieu à la première audience utile après réception de l'avis du ministère public, et au plus tard six mois après le dépôt de la demande du condamné (art. 52). Le condamné et son avocat peuvent consulter le dossier au moins quatre jours avant l'audience (art. 52).

L'audience se déroule à huis clos (art. 36). Dans la grande majorité des cas, les audiences du TAP se tiennent en prison (le TAP peut toutefois tenir des audiences au sein du tribunal de première instance situé dans le ressort de la cour d'appel pour des condamnés ne séjournant pas en prison, par exemple pour un condamné en surveillance électronique demandant l'octroi d'une libération conditionnelle, ou dans le cadre d'une procédure de révision, suspension ou révocation d'une modalité, si le condamné n'a pas été arrêté provisoirement). Néanmoins, la décision doit être prononcée en audience publique.

À l'audience, le TAP entend le condamné et son avocat, le ministère public et le directeur de la prison. La victime, si elle le souhaite, peut être entendue sur les conditions particulières à poser dans son intérêt (art. 53). Le TAP rend sa décision dans les quatorze jours de la mise en délibéré (art. 54). La décision est prise à la majorité des trois juges.

Il existe une procédure spécifique pour les condamnés à une peine privative de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du TAP : le TAP est alors composé de cinq juges (deux juges correctionnels sont ajoutés aux juges du TAP : art. 78, al. 8, du Code judiciaire) et doit rendre sa décision à l'unanimité (art. 54, § 2)[1711].

Les décisions du TAP ne sont pas susceptibles d'appel. Certaines de ses décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation (art. 96). Les décisions qu'il rend par défaut sont susceptibles d'opposition[1712].
Lorsque le TAP n'octroie pas la modalité demandée, il indique dans son jugement la date à laquelle le condamné peut introduire une nouvelle demande. Ce délai ne peut excéder six mois à compter du jugement quand le condamné subit une ou plusieurs peines correctionnelles d'emprisonnement à titre principal dont le total ne dépasse pas cinq ans, et il ne peut excéder un an en cas de peines criminelles ou lorsque le total des peines correctionnelles d'emprisonnement à titre principal est supérieur à cinq ans (art. 57). Si l'affaire concerne une condamnation à une peine privative de liberté de trente ans ou à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du TAP, ce délai est de six mois au moins et de dix-huit mois au plus (art. 54, § 2, al. 3).

3. Suivi

L'octroi d'une surveillance électronique, d'une détention limitée ou d'une libération conditionnelle est assorti de l'obligation de respecter trois conditions générales, prévues à l'art. 55 (ne pas commettre d'infractions, avoir une adresse fixe et, en cas de changement, communiquer la nouvelle adresse au ministère public et à l'assistant de justice – sauf en cas de détention limitée –, donner suite aux convocations du ministère public et de l'assistant de justice). L'article 56 prévoit la possibilité pour le TAP d'ajouter à ces conditions générales des conditions particulières individualisées, soit qui permettent la réalisation du plan de réinsertion sociale, soit qui permettent de répondre aux contre-indications, soit qui s'avèrent nécessaires dans l'intérêt des victimes. En pratique, les TAP imposent de façon systématique des conditions particulières à respecter, consistant en des obligations (suivre un traitement, suivre une formation, travailler, attester de ses activités, etc.) et des interdictions (ne pas consommer d'alcool ou de stupéfiants, ne pas chercher à contacter la victime, etc.)[1713].

1711 Ces règles spécifiques ont été introduites par le législateur en 2013 en réaction à la libération conditionnelle de Michelle Martin, et ont été abondamment critiquées.

1712 L'opposition n'est pas prévue par la loi du 17 mai 2006, mais la Cour constitutionnelle a considéré que le condamné doit pouvoir former opposition contre un jugement rendu par défaut par le JAP ou TAP qui révoque la modalité d'exécution de la peine qui lui avait été octroyée. C.C., arrêt n°37/2009 du 4 mars 2009, *Rev. dr. pén. crim*., 2009, p. 851. Dans cet arrêt, la cour constitutionnelle a considéré que « l'article 96 de la loi du 17 mai 2006 n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au condamné qui n'a pas comparu de faire opposition à la décision du juge ou du tribunal de l'application des peines relative à la révocation de la modalité d'exécution de sa peine » (B.7.) et déclaré que « la lacune étant située dans le texte soumis à la Cour, c'est au juge *a quo* qu'il appartient de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, ce constat étant exprimé, en l'espèce, en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution » (B.8.). La loi du 5 mai 2019 a cependant ajouté un §8 à l'article 68 de la loi du 17 mai 2006 afin de prévoir qu'« un jugement de révocation ou de révision par défaut est susceptible d'opposition » ; la lacune législative sera donc comblée à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019, à ce jour fixée au 1er avril 2021.

1713 O. NEDERLANDT, A. SERVAIS et A. TEUGELS, « Sortie de prison sous conditions : enjeux et difficultés de l'exécution de la peine privative de liberté en probation », *e-legal – Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, volume 6 intitulé « La peine ne s'arrête pas à la sortie de prison », 2022.

L'octroi de la libération conditionnelle implique que ces différentes conditions doivent être respectées pendant un certain temps, le « délai d'épreuve », qui peut ne pas coïncider avec la fin de la ou des peine(s) à exécuter – au contraire de la détention limitée et de la surveillance électronique qui prennent fin avec la fin de la ou des peine(s) à purger.

En cas d'octroi d'une libération en vue de l'éloignement, le condamné doit respecter les conditions générales de ne pas commettre d'infractions, de donner suite aux convocations du ministère public, de quitter effectivement le territoire et de ne pas revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve sans être en règle avec la législation et la réglementation relative à l'accès au territoire, au séjour ou à l'établissement dans le Royaume et sans l'autorisation préalable du TAP (art. 55). Il peut aussi être soumis à des conditions particulières (art. 56). Les jugements octroyant cette modalité ne deviennent exécutoires qu'au moment de l'éloignement effectif ou du transfert vers un centre fermé pour illégaux (art. 60).

Le condamné en détention limitée, en surveillance électronique ou en libération conditionnelle va être suivi et contrôlé quant au respect des conditions qui lui ont été imposées, par le ministère public et un assistant de justice (art. 62). Concrètement, le condamné va devoir se rendre régulièrement à la maison de justice où un assistant de justice sera en charge de son dossier. Cet assistant de justice va rédiger des rapports de guidance, chaque fois qu'il l'estime utile ou qu'il y est invité par le TAP et au moins tous les six mois. L'assistant de justice envoie les rapports au TAP, dont copie est réservée au ministère public. Si le condamné est en surveillance électronique, le Centre de surveillance électronique envoie également ses rapports à l'assistant de justice et au TAP, qui en réserve copie pour le ministère public.

Durant la modalité, le condamné, le ministère public ou le directeur de prison, peut demander au TAP de suspendre, préciser ou adapter une des conditions qui a été imposée. Dans le cadre de cette procédure, la situation du condamné ne peut pas être aggravée : elle ne peut pas mener à un renforcement des conditions ou à l'imposition de nouvelles conditions. Le TAP peut organiser une audience pour analyser cette demande, mais statue dans la grande majorité des cas par écrit (art. 63).

Dans le cadre de l'exercice de son contrôle, le ministère public peut faire revenir le dossier à l'audience du TAP pour demander la suspension, la révision ou la révocation de la modalité octroyée, dans plusieurs hypothèses (art. 64) :

- il est constaté dans une décision passée en force de chose jugée que le condamné a commis pendant le délai d'épreuve, un délit ou un crime, ou une infraction équivalente prise en compte conformément à l'article 99*bis* du Code pénal,
- le condamné met gravement en péril l'intégrité physique ou psychique de tiers,
- les conditions particulières imposées ne sont pas respectées,
- le condamné ne donne pas suite aux convocations du JAP, du TAP, du ministère public ou le cas échéant, de l'assistant de justice,
- le condamné ne respecte pas le programme du contenu concret de la détention limitée ou de la surveillance électronique,
- le condamné ne se trouve plus dans les conditions de temps pour la modalité d'exécution de la peine accordée,
- en cas d'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement, lorsque le condamné omet ou refuse de quitter effectivement le territoire, ne coopère pas à son éloignement ou à son identification en veu de l'obtention d'un document de voyage, ou revient sans l'autorisation du TAP requise.

En cas de suspension de la modalité, le condamné est réincarcéré pour une durée d'un mois. Le TAP peut accorder au condamné le bénéfice d'une permission de sortie ou d'un congé pénitentiaire au condamné durant cette période. Après un mois, le TAP doit décider s'il lève la suspension ou s'il révoque la modalité (art. 66).

Si le TAP estime que la révocation ou la suspension n'est pas nécessaire dans l'intérêt de la société, de la victime ou de la réinsertion sociale du condamné, il peut réviser la modalité, en renforçant les conditions imposées, en imposant des conditions supplémentaires ou en octroyant une autre modalité d'exécution de la peine (par ex, une détention limitée à la place d'une surveillance électronique si le condamné a perdu son logement ou une surveillance électronique à la place de la libération conditionnelle, …) (art. 67).

Si le TAP révoque la modalité, le condamné est immédiatement réincarcéré (art. 65).

Le ministère public a la possibilité d'ordonner l'arrestation provisoire du condamné dans les cas pouvant donner lieu à la révocation. Il en informe alors le TAP, qui doit se prononcer sur la suspension de la modalité dans les sept jours ouvrables suivant l'incarcération (art. 70).

Il y a trois scenarii possibles pour la libération définitive du condamné à une ou plusieurs peines privatives de liberté :

- s'il est en prison (une détention limitée, une surveillance électronique, une libération conditionnelle ou une libération en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise ne lui a pas été octroyée ou lui a été octroyée mais a été révoquée), il est libéré « à fond de peine », c'est-à-dire après avoir exécuté l'entièreté de sa ou ses peine(s) privatives de liberté,
- s'il est en détention limitée ou en surveillance électronique, il est libéré à la date où il aura purgé l'entièreté de sa ou ses peine(s) privatives de liberté,
- s'il est en libération conditionnelle, la libération définitive intervient à l'expiration du délai d'épreuve. L'article 71 prévoit les règles permettant de calculer la durée du délai d'épreuve. Ce délai est égal à la durée de la peine privative de liberté que le condamné devait encore subir au jour où la décision relative à la libération conditionnelle est devenue exécutoire, sans pouvoir être inférieur à un an. En cas de condamnation à une peine criminelle à temps ou à une ou plusieurs peines correctionnelles dont le total excède cinq ans d'emprisonnement principal, le délai d'épreuve est d'au moins cinq ans et de dix ans au plus. En cas de condamnation à une peine privative de liberté de trente ans ou à perpétuité, ce délai est de dix ans.

D. Tableaux récapitulatifs

Les modalités d'exécution de la peine selon le seuil de trois ans :

Tous les condamnés (dépend pas du seuil)	• Permissions de sortie • Congés pénitentiaires • Placement en maison de transition • Interruption de l'exécution de la peine • Libération en vue de l'éloignement ou du transfert vers un centre fermé pour illégaux • Libération provisoire pour raisons médicales
Peine(s) dont la partie à exécuter	• ~~Détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle, libération en vue de l'éloignement ou de la remise~~ => en vigueur le 1er septembre 2023 !

est inférieure ou égale à deux ans	• Libération provisoire • Surveillance électronique
Peine(s) dont la partie à exécuter est supérieure à deux ans	• Détention limitée • Surveillance électronique • Libération conditionnelle • Libération en vue de l'éloignement ou de la remise • Libération sous surveillance si condamné mis à la disposition du TAP

La répartition des compétences :

Directeur de prison	• Libération provisoire et surveillance électronique pour les personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la partie à exécuter est *inférieure ou égale deux ans*, sauf pour les cas où la Direction Gestion de la Détention est compétente.
Ministre de la Justice – Direction Gestion de la Détention	• Permissions de sortie, congés pénitentiaires et placement en maison de transition pour tous les condamnés. • Libération provisoire pour les personnes condamnées à une peine qui excède un an mais est inférieure ou égale à deux ans, soit pour certaines infractions de mœurs, soit pour des infractions terroristes. • Surveillance électronique pour les condamnés à une peine ou plusieurs peines dont le total à exécuter excède un an mais est inférieur à trois ans, pour certaines infractions de mœurs. • Interruption de l'exécution de la peine pour tous les condamnés.
TAP	• DL / SE / LC / LPE pour les personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la partie à exécuter est *supérieure à trois ans*, et PS et CP dans certains cas. • Privation de liberté, PS / CP / DL / SE / LC / libération sous surveillance / levée de la MDT pour les condamnés mis à la disposition du TAP.
JAP	• Libération provisoire pour raisons médicales pour tous les condamnés. • DL / SE / LC / LPE pour les personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la partie à exécuter est *supérieure à deux ans* mais inférieure ou égale à trois ans, et PS et CP dans certains cas. • Autres compétences spéciales non étudiées au cours.

§ 5. L'exécution de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines au 1er janvier 2012 (*supra*, Chapitre IV, Section 3, §2, point 3), l'exécution de la mise à la disposition n'est plus confiée au ministre de la Justice, mais au TAP.

Selon l'article 34*bis* du Code pénal, la mise à la disposition du TAP prend cours à l'expiration de l'emprisonnement principal effectif ou de la réclusion. La Cour de cassation a considéré que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale[1714] ne s'appliquait pas à la mise à la disposition du TAP étant donné que le tribunal de l'application des peines statue sur les modalités de l'exécution de la peine et non sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale[1715]. Dans la mesure où la mise à disposition est une peine prononcée par un juge du fond, cette interprétation

[1714] Voy., *supra*, Chapitre I. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. L'application de la loi pénale dans le temps, B. Le conflit des lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales.
[1715] Cass., 15 juin 2011, *Pas*., 2011, n° 402.

ne nous semble pas conforme à la jurisprudence européenne et plus particulièrement à l'arrêt *Del Rio Prada c. Espagne* du 10 juillet 2012.

Préalablement à l'expiration de la peine principale effective, le TAP décide, sur la base de l'avis du directeur de la prison où se trouve le condamné, ainsi que, le cas échéant, sur la base de l'avis motivé d'un service ou d'une personne spécialisée dans l'expertise diagnostique des délinquants sexuels, soit de priver de liberté, soit de libérer sous surveillance[1716], le condamné mis à la disposition (art. 95/2, § 2 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté). Il y est précisé que « le condamné mis à la disposition est privé de sa liberté lorsqu'il existe dans son chef un risque qu'il commette des infractions graves portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de tiers et qu'il n'est pas possible d'y pallier en imposant des conditions particulières dans le cadre d'une libération sous surveillance » (art. 95/2, § 3). En revanche, après avoir notamment entendu la victime sur les conditions éventuellement imposées dans son intérêt, le TAP peut accorder la libération sous surveillance en soumettant le condamné, à des conditions générales et si nécessaire, à des « conditions particulières individualisées qui pallient au risque qu'il commette des infractions graves susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de personnes ou qui s'avèrent nécessaires dans l'intérêt des victimes », ou encore, le cas échéant, à la condition de suivre une guidance ou un traitement auprès d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement de délinquants sexuels (art. 95/7, § 2). Le TAP peut également octroyer d'autres modalités d'exécution de la peine au condamné avant sa libération sous surveillance (permissions de sortie, congés pénitentiaires, surveillance électronique ou détention limitée[1717]). Il est par ailleurs précisé que le condamné qui bénéficiait d'une libération conditionnelle au terme de son délai d'épreuve est placé en libération sous surveillance, le cas échéant, avec les conditions précités (art. 95/2, § 2, al. 2). Enfin, si la libération définitive du condamné intervient de plein droit au terme de la période de mise à la disposition (art. 95/28), le condamné peut également, deux ans après l'octroi d'une libération sous surveillance, et ensuite tous les deux ans, demander qu'il soit mis fin à la mesure de mise à la disposition du TAP.

Section 7. Les obstacles à l'exécution de la peine privative de liberté

Marie-Aude Beernaert énumère quatre faits ou actes d'autorité qui font obstacle à l'exécution, totale ou partielle, de la peine privative de liberté : la mort du condamné, la grâce, l'amnistie et la prescription de la peine[1718].

§ 1. La mort du condamné

L'article 86 C.P. prévoit que « les peines prononcées par des arrêts ou jugements devenus irrévocables s'éteignent par la mort du condamné ». Cela découle du principe de la personnalité

1716 L'exposé des motifs précise que « la mise sous surveillance et la libération conditionnelle sont des modalités similaires quant au contenu mais portent des noms différents pour distinguer les deux cadres légaux dans lesquels elles s'inscrivent » (*op. cit.*, p. 8).

1717 Bien que la loi ne vise pas expressément cette possibilité, la Cour de cassation a déclaré que la libération en vue de l'éloignement pouvait également être accordée au condamné mis à la disposition du TAP (Cass. (2e ch.), 22 avril 2022, R.G. P.22.0394.F, avec note Ch. MACQ et O. NEDERLANDT, « La libération provisoire peut être octroyée aux condamnés mis à la disposition du tribunal de l'application des peines : une volonté de garder les condamnés sous contrôle qui ne s'applique pas aux étrangers ? », *Rev dr. pén. crim*., 2022, à paraître).

1718 M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, 3e éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 65 – 79.

des peines (*supra*). Si, en revanche, l'arrêt ou le jugement n'est pas coulé en force de chose jugée au jour du décès, la mort n'entraînera pas l'extinction de la peine, mais bien l'extinction de l'action publique (voy. le cours de procédure pénale).

§ 2. La grâce

L'article 110 de la Constitution prévoit que les condamnations pénales définitives prononcées par une juridiction belge peuvent faire l'objet d'un recours en grâce. La grâce est octroyée par arrêté royal et consiste « à remettre, réduire ou commuer la peine prononcée en une peine plus légère »[1719]. La grâce peut prendre deux formes : collective ou individuelle. La grâce collective est une mesure par laquelle le Roi accorde une remise de peine déterminée à tous les condamnés qui répondent aux conditions qu'Il définit. La grâce individuelle est accordée à un condamné déterminé, à la suite d'une requête[1720]. La grâce ne fait pas disparaître la condamnation, celle-ci reste dès lors mentionnée au casier judiciaire et peut fonder la récidive.

§ 3. L'amnistie

L'amnistie est définie comme « un acte du pouvoir législatif qui enlève à certains faits le caractère d'infractions et efface les conséquences pénales de ces infractions ; elle abolit les poursuites intentées, rend irrecevables les poursuites nouvelles et anéantit les condamnés prononcées »[1721].

§ 4. La prescription de la peine

Si elles étaient exécutées trop tardivement, les peines ne pourraient plus être justifiées au regard des fonctions de rétribution et de prévention qui leur sont assignées. Pour cette raison, le législateur a introduit le mécanisme de prescription des peines, aux articles 91 et suivants du Code pénal, à distinguer du mécanisme de la prescription de l'action publique qui sera étudié lors du cours de procédure pénale.

D'emblée, soulignons que certaines peines sont imprescriptibles, à savoir celles qui sont prononcées du chef de violations graves du droit international humanitaire(art. 91 C.P.).

Pour le reste, on compte quatre délais de prescription, qui s'apprécient en fonction de la nature de la peine infligée,:

- Vingt ans pour les peines criminelles (art. 91 C.P.),
- Dix ans ou cinq ans pour les peines correctionnelles qui dépassent trois années (art. 92 C.P.),
- Cinq ans pour les peines correctionnelles qui ne dépassent pas trois années (art. 92 C.P.),
- Un an pour les peines de police (art. 93 C.P.).

Les règles de calcul de la prescription des peines ainsi que leurs effets ne seront pas exposées dans le cadre de ce cours[1722].

1719 *Ibid*., p. 66.

1720 *Ibid*., pp. 66 – 67.

1721 *Ibid*., p. 70.

1722 Voy. à cet égard : *ibid*., pp. 72 – 79.

Section 8. La disparition des effets des peines

Nous aborderons enfin, pour terminer ce chapitre sur les peines, deux mécanismes différents dans leurs modalités mais dont l'effet commun est d'entraîner la disparition des effets de la condamnation pénale[1723]. Il s'agit de l'effacement des condamnations et de la réhabilitation en matière pénale. Cette matière, encore trop peu investie par les scènes politiques, scientifiques et militantes[1724], relève d'un enjeu important dès lors que l'on sait que le casier judiciaire représente un obstacle important à l'emploi[1725], et plus globalement à la réinsertion[1726].

Cette matière était réglée à l'origine par la loi du 25 avril 1896 qui a été complétée de manière substantielle par la loi du 7 avril 1964[1727] elle-même modifiée par la loi du 12 juillet 1984, la loi du 9 janvier 1991[1728] par la loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central[1729], et, enfin, par la loi du 31 juillet 2009 portant diverses dispositions concernant le casier judiciaire

---

1723 H. BEKAERT, « Principes nouveaux de la réhabilitation », *Rev. dr. pén. crim.*, 1955-1956, p. 717 et s. ; H. BEKAERT, « Het uitwissen van veroordelingen », *R.W.*, 1960-1961, col. 65 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir, op. cit.*, p. 267 et s.

1724 Voyez l'intervention de J. PIERET à ce sujet lors du colloque du 26 novembre 2021 intitulé « la peine ne s'arrête pas à la sortie de prison » : https://www.youtube.com/watch?v=QVcKX0E7s1s&feature=youtu.be.

1725 V. DE GREEF et A. CHOME, « L'appréhension de la problématique du casier judiciaire sur le lieu de travail suite au RGPD », *e-legal – Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, volume 6 intitulé « La peine ne s'arrête pas à la sortie de prison », 2022, https://e-legal.ulb.be/volume-n06/la-peine-ne-s-arrete-pas-a-la-sortie-de-prison/l-apprehension-de-la-problematique-du-casier-judiciaire-sur-le-lieu-de-travail-suite-au-rgpd

1726 Ch. GUILLAIN, « Le casier judiciaire central et la disparition des effets de la condamnation pénale : gommer son passé judiciaire n'est pas une sinécure », *e-legal – Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, volume 6 intitulé « La peine ne s'arrête pas à la sortie de prison », 2022, https://e-legal.ulb.be/volume-n06/la-peine-ne-s-arrete-pas-a-la-sortie-de-prison/le-casier-judiciaire-central-et-la-disparition-des-effets-de-la-condamnation-penale-gommer-son-passe-judiciaire-n-est-pas-une-sinecure.

1727 A. MEEUS, « La loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1964-1965, p. 607 et s.

1728 A. WINANTS, « De uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken », *R.W.*, 1991-1992, p. 1413; Ph. TRAEST et M. DE BUSSCHER, « Uitwissing van veroordeling en herstel in eer en rechten: een kritische benadering », *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 297 et s.; L. DE SCHEPPER, « De uitwissing van veroordelingen », *Om deze reden. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 145 et s.; M. GELDERS, « Betreffende de uitwissing », note sous Cass., 30 avril 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 860 et s.

1729 A ce sujet, *cf.* notamment V. SERON et J. SIMON, « La loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central », *J.T.*, 2002, p. 97 et s. ; F. GOOSSENS, « Het centraal strafregister wettelijk geregeld », *T.V.W.*, 2001, p. 299 et s. ;V. SERON, « Le casier judiciaire: entre mémoire et oubli », *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 105 et s. ; *Le casier judiciaire*, V. De Greef et J. Pieret (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011.

central[1730]. Les deux mesures partagent le même *objectif* qui est de favoriser le reclassement social et professionnel du condamné[1731].

> « L'effacement et la réhabilitation visent tous deux à empêcher que la peine, après qu'elle a été exécutée, continue de peser sur la personne condamnée et rende de ce fait plus difficile la réintégration de celle-ci. L'effacement diffère seulement de la réhabilitation en ce qu'il est automatique »[1732].

Les articles 589 à 602 du Code d'instruction criminelle déterminent, successivement, les finalités du casier judiciaire (art. 589), les informations qu'il contient (art. 590), la transmission des informations (art. 592), les conditions d'accès par les autorités judiciaires (art. 593), les administrations publiques (art. 594) et les particuliers (art. 595), les demandes d'extraits (art. 596) et la délivrance des extraits aux autorités étrangères (art. 597), les renseignements relatifs aux personnes décédées (art. 598), les frais de consultation et de délivrance (art. 599), le secret professionnel (art. 601) et les mesures de sécurité de l'information (art. 602). L'article 600 dispose toutefois que « les informations communiquées par le casier judiciaire ne constituent pas la preuve des décisions judiciaires ou administratives auxquelles elles se rapportent ». Les autres dispositions de la loi concernent l'effacement et la réhabilitation.

Depuis la loi du 25 décembre 2016, les informations enregistrées au casier judiciaire concernent tant les personnes physiques que les personnes morales.

§ 1. L'effacement des condamnations

L'effacement des condamnations est actuellement prévu et organisé par les articles 619 et 620 du Code d'instruction criminelle.

Quel est *l'objet* de l'effacement ? Si la loi du 9 janvier 1991 avait élargi le champ d'application de l'effacement, la loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central le rétrécit singulièrement. L'article 619 du Code d'instruction criminelle prévoit, en effet, que seules les « condamnations à des peines de police sont effacées après un délai de trois ans à compter de la décision définitive qui les prononce »[1733]. L'effacement ne s'applique toutefois pas aux condamnations qui comportent une déchéance ou une interdiction prononcée lors du jugement dont les effets dépassent une durée de trois ans, sauf s'il s'agit d'une déchéance du droit de conduire prononcée pour incapacité physique du conducteur en vertu des dispositions de l'arrêté

1730 Voy. Ch. GUILLAIN, « La loi du 31 juillet 2009 portant diverses dispositions concernant le casier judiciaire central ; un simple toilettage juridique ? », *Le casier judiciaire*, *op. cit.*, qui évoque la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises qui modifie l'article 594 du Code d'instruction criminelle afin de permettre aux administrations publiques d'avoir accès aux peines de travail inscrites au casier judiciaire afin de constituer la liste des jurés devant siéger en cour d'assises. Cette modification a, par ricochet, entraîné celle de l'article 595 du même Code avec pour conséquence que la peine de travail devait être mentionnée sur les extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers. Cette inadvertance du législateur a été sanctionnée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 27 juillet 2011 (n° 137/2011), de sorte que si le bourgmestre peut consulter le casier judiciaire en vue de la constitution d'une liste de jurés, la peine de travail ne peut apparaître sur les extraits de casier délivrés aux particuliers. Voy., également, la circulaire n° 148 du 2 mars 2009 relative aux extraits de casier judiciaire (*M.B.*, 2 mars 2009).

1731 C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., *op. cit.*, p. 494, n° 557.

1732 C.A., n° 54/2001, 8 mai 2001.

1733 Depuis la loi du 27 décembre 2006, l'article 619, al. 1er *in fine* précise que l'effacement n'empêche toutefois pas le recouvrement de l'amende prononcée par la décision judiciaire définitive.

royal du 16 mars 1968 portant coordination des lois relatives à la police de la circulation routière (art. 619, al. 2).

La seule *condition* pour obtenir l'effacement est l'écoulement d'un délai de trois ans à compter de la date de la décision judiciaire définitive qui a prononcé la condamnation (art. 619, al. 1er). L'effacement n'est donc pas lié au comportement de l'intéressé pendant le délai d'épreuve, ni à l'absence d'une éventuelle récidive[1734].

> « L'effacement des condamnations produit les *effets* de la réhabilitation » (art. 620 C.I.cr.).

L'effacement empêche donc, pour l'avenir, tous les effets de la condamnation. Ainsi, par exemple, lorsqu'il est saisi d'une nouvelle infraction, le juge ne peut tenir compte, pour déterminer la peine, d'une condamnation antérieure qui a été effacée1735. De même, une enquête de moralité qui indique les condamnations effacées doit être retirée du dossier1736. Une condamnation effacée ne figure plus au casier judiciaire et les peines accessoires disparaissent également. En outre, en motivant la peine infligée au prévenu, le juge ne peut faire référence à une condamnation effacée[1737].

La *procédure* pour obtenir l'effacement se caractérise par le fait que cette mesure intervient de manière automatique, sans intervention du pouvoir judiciaire.

En revanche, son champ d'application est extrêmement limité puisqu'il ne concerne que des condamnations à des peines de police, soit : un emprisonnement d'un à sept jours, une amende d'un à vingt-cinq ans euros, une peine de travail de vingt à quarante-cinq heures et une peine probation autonome de six à douze mois[1738]. Les autres condamnations (qu'il s'agisse de peines d'amende[1739], d'emprisonnement, de réclusion, de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, d'interdiction de droits civils et politiques, ...) relèvent dès lors de la procédure de réhabilitation.

Signalons toutefois que loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (dite loi Pandémie)[1740] prévoit, en son article 6, § 5, que

---

1734 La Cour d'arbitrage parle d'une « forme de réhabilitation intervenant par la simple expiration d'un délai », C.A, 15 juillet 1993, n° 64/93, § B.1. Jean Eeckhout distingue, quant à lui, la réhabilitation judiciaire, lorsqu'elle est accordée par une juridiction, de la réhabilitation légale, lorsqu'elle s'opère de plein droit par l'expiration d'un certain laps de temps, EECKHOUT, J., « Effacement des condamnations et réhabilitation pénale », *J.T.*, 1964, p. 717.

1735 Cass., 28 septembre 1994, *Pas.*, I, p. 772.

1736 Pol. Liège, 2 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 623.

1737 Cass., 2 décembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1046, note F. Kefer ; Cass., 25 mai 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 82. Ceci n'empêche cependant pas qu'il soit fait mention de l'effacement des condamnations au bulletin de renseignements. Même s'il a été reconnu que cette mention est de nature à porter atteinte aux objectifs poursuivis par les articles 619 et 620 du Code d'instruction criminelle, il a été jugé que cette circonstance n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité des poursuites, ni même de devoir écarter ledit bulletin des débats, mais a seulement pour effet d'empêcher le juge du fond d'en tenir compte dans son délibéré (Corr. Verviers, 27 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1400).

1738 L'effacement s'applique également aux délits qui, par l'admission de circonstances atténuantes, sont transformées en contraventions.

1739 En ce compris celles prononcées par le tribunal de police en matière de roulage qui constituent majoritairement des délits.

1740 *M.B.*, 20 août 2021.

les condamnations infligées en vertu de celle-ci et inscrites sur l'extrait du casier judiciaire, sont effacées après un délai de trois ans à compter de la décision judiciaire définitive qui les prononce, quelle que soit la nature, de police ou correctionnelle, de la peine infligée. En réponse à une question parlementaire, le ministre de la Justice a confirmé que « ces condamnations seront donc effacées automatiquement après un délai de trois ans, et n'apparaîtront plus sur aucun extrait de casier judiciaire. L'intéressé ne devra dès lors pas demander sa réhabilitation pour ces condamnations »[1741].

§ 2. La réhabilitation en matière pénale

La réhabilitation s'ajoute à l'effacement en ce sens que son *champ d'application* s'étend à « tout condamné à des peines non susceptibles d'être effacées conformément à l'article 619 du Code d'instruction criminelle, s'il n'a pas bénéficié de la réhabilitation depuis dix ans au moins » (art. 621, al. 1er). La loi du 8 août 1997 a prévu toutefois que, si la réhabilitation accordée depuis moins de dix ans ne porte que sur des condamnations visées à l'article 627, la Cour peut décider qu'elle ne fait pas obstacle à une nouvelle réhabilitation avant l'expiration de ce délai (art. 621, al. 2).

La réhabilitation peut être introduite tant par une personne physique que par une personne morale.

La réhabilitation ne concerne que les peines et non pas les mesures de sûreté, telles les mesures de garde, de préservation et d'éducation de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, les mesures d'internement de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement. Rappelons toutefois que ces mesures ne sont pas mentionnées sur les extraits de casier judiciaires délivrés aux personnes[1742]. Par ailleurs, l'article 63 de la loi du 8 avril 1965 prévoit la possibilité que les mesures prononcées par le tribunal de la jeunesse à l'encontre de mineurs soient rayées de leur casier judiciaire après qu'un délai de cinq ans se soit écoulé à partir du moment où ces mesures ont pris fin[1743].

En l'absence de condamnation et de peine, la suspension du prononcé n'est en principe pas susceptible de faire l'objet d'une réhabilitation. Selon la Cour constitutionnelle, il n'y a pas matière à discrimination « dès lors que les justiciables ayant bénéficié d'une suspension du prononcé de la condamnation n'ont pas été condamnés, ils n'ont pas subi les conséquences que celle-ci entraîne et auxquelles la réhabilitation met fin »[1744]. Dans un arrêt du 28 novembre 2012, la Cour de cassation a néanmoins considéré qu'« impliquant une déclaration de culpabilité et figurant au casier judiciaire », la suspension du prononcé pouvait être considérée comme une peine au sens de l'article 619 du Code d'instruction criminelle et, qu'à défaut de pouvoir être effacée, elle était susceptible de réhabilitation[1745]. La Cour constitutionnelle a tenu le même raisonnement à propos de la mesure d'internement. L'arrêt s'inscrit dans le cadre d'un

---

1741 Question n° 55-2-000991 de la députée Claire HUGON du 27 janvier 2022 au Vice-Premier ministre et ministre de la Justice et de la Mer du Nord, non encore publiée au *Bulletin des Questions et Réponses*.

1742 Sous réserve de la mention, sur le modèle 596-2, de la mesure d'internement, pour des faits commis à l'égard d'un mineur, et pour autant que cet élément soit constitutif de l'infraction ou qu'il en aggrave la peine (art. 596, al. 2, C.i.cr.).

1743 La déchéance de l'autorité parentale est, quant à elle, rayée d'office lorsqu'il y a été mis fin par la réintégration.

1744 C.C., 8 mars 2012, arrêt n° 41/2012.

1745 Cass., 28 novembre 2012, *Rev. dr. pén. crim*., 2013, p. 337 avec concl. VANDERMEERSCH, D. et note COLETTE-BASECQ, N. Voy., aussi, Cass., 28 octobre 2014, *Pas*., 2014, p. 2352.

pourvoi en cassation formé par le procureur général, à l'encontre d'un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, rejetant une demande de réhabilitation concernant une décision d'internement. Le procureur général estimait que le maintien de la décision d'internement dans le casier judiciaire, sans limitation de temps et indépendamment du comportement ou de l'évolution mentale de la personne qui a été internée, n'est pas raisonnablement justifié au regard du principe d'égalité et de non-discrimination : « la personne internée qui a été définitivement libérée est une personne dont il a été constaté qu'elle ne constitue plus un danger pour la société et le maintien de l'inscription de la décision d'internement dans le casier judiciaire révèle non seulement le passé pénal de cette personne, mais aussi son état mental, ce qui constitue une donnée qui relève de sa vie privée ». La Cour répond par la négative, pour les mêmes raisons que précédemment : l'internement « n'emporte ni une appréciation quant à la culpabilité, ni une condamnation pénale », de sorte que l'impossibilité pour une personne qui a été internée d'obtenir sa réhabilitation est compatible avec les articles 10, 11 et 22 de la Constitution En revanche, comme nous l'avons vu précédemment (voir *supra*, §16), la Cour décide que l'absence de mesure permettant à une personne qui a été internée de demander à ce que la décision d'internement ne soit plus accessible aux autorités administratives, ni mentionnée sur les extraits du casier judiciaire, viole les articles 10, 11 et 22 de la Constitution[1746].

Concernant la simple déclaration de culpabilité, le Conseil d'État a relevé que, dès lors que le législateur a prévu d'ajouter à la liste des informations enregistrées dans le casier judiciaire, les condamnations par simple déclaration de culpabilité, il devait également opérer un choix entre la procédure de l'effacement automatique de cette condamnation après un délai de trois ans ou la procédure de la réhabilitation. « En effet, il ne suffit pas que l'information de la condamnation par simple déclaration de culpabilité ne puisse plus être mentionnée après trois ans sur les extraits de casier judiciaire (…) ; il s'agit, comme c'est déjà le cas pour les condamnés à des peines, de faire cesser pour l'avenir tous les effets de la condamnation et notamment d'empêcher la mention de cette condamnation dans les extraits du casier judiciaire produits par les autorités judiciaires en cas de poursuite ultérieure pour des infractions nouvelles »[1747]. À défaut d'avoir modifié l'article 619 du Code d'instruction criminelle, le législateur n'a pas autorisé l'effacement automatique des déclarations de culpabilité du casier judiciaire, comme le laisse entendre l'exposé des motifs : « En prévoyant ici aussi que ces condamnations ne sont plus mentionnées après trois ans sur les extraits de casier judiciaire destinés aux particuliers, plutôt que de faire effacer ces condamnations après trois ans, l'objectif est ici aussi de faire une différence entre les informations portées à la connaissance de différentes catégories de destinataires, d'une part les services judiciaires qui doivent avoir une information complète des antécédents judiciaires, et d'autre part les administrations et les particuliers pour lesquels le reclassement social de la personne doit être davantage pris en compte »[1748]. Le législateur aurait ainsi implicitement opté pour la procédure de la réhabilitation, bien qu'elle ne concerne que les condamnations à des peines. Le bénéficie d'une procédure de réhabilitation est cependant particulièrement limité. En effet, la simple déclaration de culpabilité n'est plus mentionnée sur les extraits de casier judiciaire après un délai de trois ans alors que la procédure de réhabilitation prend un temps certain (voy. *infra,* §21) ; à défaut de peine prononcée, la simple déclaration de culpabilité ne peut fonder un état de récidive ni s'opposer à l'octroi d'une condamnation conditionnelle ; enfin, la réhabilitation – qui fait cesser, pour l'avenir, tous les effets de la

---

1746 C.C., 31 mars 2022, arrêt n° 52/2022.

1747 Conseil d'Etat, Avis n° 45.929/2 du 2 mars 2009, *M.B.*, 27 août 2009 (éd. 2).

1748 *Doc. Parl*., Chambre, Projet de loi portant diverses dispositions concernant le casier judiciaire central, Exposé des motifs, 19 mai 2009, n° 1997/1, p. 8.

condamnation (art. 634, C.i.cr) – n'efface pas la condamnation du casier judiciaire, puisqu'il est seulement fait mention de l'arrêt de réhabilitation en marge de la condamnation (art. 632, C.i.cr, voy. *infra*, §22).

Nous estimons qu'à défaut de pouvoir bénéficier de l'effacement automatique, les condamnations à des peines dites alternatives que sont la peine de travail, la surveillance électronique ou la probation autonome, de nature correctionnelle, doivent également pouvoir être réhabilités, même si cela pose problème dans la pratique, notamment quant au point de départ du délai d'épreuve[1749].

Contrairement à l'effacement, la réhabilitation est soumise à une série de *conditions* définies par le législateur[1750]. Le condamné doit avoir subi les peines privatives de liberté et acquitté les peines pécuniaires (art. 622 C.I.cr.). Il doit également « être libéré des restitutions, des dommages-intérêts et des frais auxquels il a été condamné », sous réserve d'en être affranchi (art. 623). La mesure est subordonnée à un temps d'épreuve, dont la durée minimale est de trois ans (portée à six ans en cas de récidive ou en cas de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines) pour les condamnations à des peines de police ou à des peines correctionnelles n'excédant pas un emprisonnement de cinq ans et, de minimum cinq ans (porté à dix ans en cas de récidive ou en cas de mise à disposition du tribunal de l'application des peines) pour les condamnations à des peines plus lourdes, sans que la durée ne puisse être inférieure à la durée du sursis pour les condamnations conditionnelles (art. 626). Au cours de ce temps d'épreuve, le requérant, personne physique, « doit avoir eu une résidence certaine en Belgique ou à l'étranger et avoir fait preuve d'amendement et avoir été de bonne conduite » (art. 624)[1751]. Les notions d'amendement et de bonne conduite sont laissées à l'appréciation de la cour, mais semblent être interprétées de manière restrictive. On peut ainsi lire régulièrement dans la jurisprudence que l'intéressé doit avoir eu une « conduite irréprochable »[1752]. A cet égard, « la cour (chambre des mises en accusation) doit notamment tenir compte, dans son appréciation, des efforts faits par le requérant pour réparer les dommages résultant des infractions qui n'auraient pas été établis judiciairement » (art. 624, al. 2). Par ailleurs, si, au cours du temps d'épreuve, le requérant a été condamné à des peines de police, à des peines d'amende correctionnelle ou à des peines d'emprisonnement correctionnel ne dépassant pas un mois, pour certaines infractions du Code pénal, parmi lesquelles l'homicide et les coups et blessures involontaires (art. 419 et 420 du Code pénal) ou pour des infractions aux lois et règlements particuliers, la Cour peut décider que ces condamnations ne font pas obstacle à l'octroi de la réhabilitation (art. 627).

1749 Sur ce point, voy. SERON, V. « La loi relative au casier judiciaire central. Analyse rétrospective d'une consécration légale inachevée », *in* DE GREEF, V. et PIERET, J. (dir.), *Le casier judiciaire. Approches critiques et perspectives comparées*, *op. cit*., p. 130.

1750 N'est pas motivé et ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision, l'arrêt de la cour d'appel (chambre des mises en accusation) qui, pour rejeter une demande de réhabilitation, se borne à énoncer que les conditions de la réhabilitation ne sont pas réunies (Cass., 4 février 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 94).

1751 Cass., 20 juin 1966, *Pas.*, I, p. 1352 ; Cass., 28 février 1978, *Pas.*, I, p. 743

1752 C.C., 8 mars 2012, arrêt n° 41/2012, § B.6.2. : la réhabilitation « est fonction de la conduite irréprochable de celui qui a été condamné et du pardon qu'on entend lui accorder » ; concl. sous Cass., P.21.0770.F, 6 octobre 2021, disponible sur Juportal.be ; ou, encore, le site du ministère public qui évoque, parmi les conditions pour obtenir la réhabilitation, le fait d' « avoir eu une conduite irréprochable durant un délai d'épreuve », disponible à l'adresse suivante : https://www.om-mp.be/nl/votre-mp/parquets-auditorats-generaux/liege/parquet-general-auditorat-general-liege-procedure.

En ce qui concerne la *procédure*, la demande en réhabilitation est adressée au procureur du Roi, au minimum un an avant l'expiration du délai d'épreuve (art. 628). En outre, si le condamné a subi une peine pour des faits visés aux articles 417/7 à 417/24, 417/55 et 417/58 du Code pénal, ou pour des faits visés aux articles 417/25 à 417/48, 417/52 à 417/54, 417/59, 417/62 et 417/63 du même Code, le dossier doit contenir l'avis d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels (art. 629, dernier alinéa). La décision revient à la chambre des mises en accusation qui procède et statue à huis-clos (art. 630). Si la réhabilitation est accordée, mention en sera faite en marge de l'arrêt de condamnation (art. 632). En cas de rejet, la demande ne peut être réintroduite avant un délai de deux ans (art. 628, al. 3)[1753].

La procédure peut être relativement longue[1754] dans la mesure où le procureur du Roi doit réunir un certain nombre de documents listés à l'article 629 du Code d'instruction criminelle. On peut ainsi lire, sur le site du ministère public, que « le service des réhabilitations, dès réception de la demande, prend en charge la constitution administrative du dossier. Il s'agira d'obtenir des copies conformes de toutes les condamnations, de s'assurer que les frais et amendes ont été intégralement apurés, de vérifier l'indemnisation des parties civiles et de se faire délivrer les enquêtes de moralité des communes de résidence pendant le délai d'épreuve »[1755].

Si la procédure est gratuite, les frais de procédure sont à charge du requérant depuis la loi du 8 août 1997, ce qui peut constituer un frein à la réhabilitation et témoigne d'une forme de privatisation de la justice, contraire au principe de l'accès à la justice[1756]. En effet, les frais peuvent être conséquents si le requérant doit faire traduire certains documents, recourir à un interprète, solliciter l'avis d'un service, sans compter les frais d'avocat et le paiement des peines pécuniaires, le dédommagement des parties civiles ou les frais de procédure, conditions nécessaires pour obtenir la réhabilitation.

Concernant les *effets* de la réhabilitation, l'article 634 du Code d'instruction criminelle stipule que : « La réhabilitation fait cesser, pour l'avenir, dans la personne du condamné, tous les effets de la condamnation, sans préjudice des droits acquis aux tiers ». Les tiers peuvent comprendre la presse, le public et son droit à l'information[1757]. On a pu dire ainsi que « c'est la personne du condamné qui est réhabilitée et non les condamnations encourues »[1758].

La réhabilitation fait également cesser « les incapacités qui résultaient de la condamnation », comme l'interdiction du droit vote, et « empêche que cette décision serve de base à la récidive, fasse obstacle à la condamnation conditionnelle ou soit mentionnée dans les extraits du casier judiciaire et du registre matricule militaire ».

1753 Cass., 29 janvier 1986, *Pas.*, I, p. 631.

1754 Selon l'ASBL Objectif, la procédure dure à peu près un an et demi (http://www.allrights.be/cap-rehabilitation-marie-paule-dantine). Comme le précise Olivia Venet, « ce délai ne se justifie pas et préjudicie au reclassement des anciens condamnés », VENET, O., « De l'autre côté du miroir : les obstacles et les remèdes à la stigmatisation », *op. cit*., p. 206.

1755 Disponible à l'adresse suivante : https://www.om-mp.be/nl/votre-mp/parquets-auditorats-generaux/liege/parquet-general-auditorat-general-liege-procedure.

1756 Voy., notamment, SERON, V. et SIMON, J., « La loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central », *op. cit.*, p. 100.

1757 Voy., à cet égard ,la contribution d'Edouard Crysmans dans ce volume.

1758 BEKAERT, H., « La réhabilitation en matière pénale », *in* Les Novelles, Procédure pénale II.2, 1949, p. 256, n° 4.

La réhabilitation n'efface dès lors pas la ou les condamnations du casier judiciaire central, puisqu'il est seulement fait mention de l'arrêt de réhabilitation en marge de la condamnation (article 632, C.i.cr.). Les arrêts de réhabilitation et les condamnations y liées restent inscrites au casier judiciaire et sont dès lors accessibles aux autorités judiciaires, comme le souligne la Cour constitutionnelle : « la réhabilitation, qui n'est d'ailleurs pas automatique, a pour effet de rendre les condamnations qu'elle concerne inaccessibles aux autorités administratives et empêche qu'elles soient encore mentionnées sur les extraits du casier judiciaire destinés aux particuliers. L'information concernant ces condamnations reste toutefois accessible aux autorités chargées de l'exécution des missions judiciaires en matière pénale puisque les arrêts de réhabilitation sont également mentionnés au casier judiciaire en application de l'art. 590, alinéa 1er, 11°, C.I. cr. »[1759].

Si le juge ne peut plus fonder une condamnation sur une décision qui a fait l'objet d'une réhabilitation, la Cour de cassation a pu décider « qu'aucun obstacle n'existe à ce que le dossier qui les constate soit joint au dossier d'une poursuite ultérieure en vue d'éclairer la juridiction saisie sur la personnalité de la personne mise en cause », dès lors qu'elle a « eu le loisir de contredire librement tous les éléments apportés contre elle par le ministère public » et dans la mesure où la réhabilitation « n'a pas pour effet d'occulter, comme s'ils n'avaient jamais existé, les faits qui, constatés judiciairement, ont fondé la condamnation de la personne réhabilitée »[1760]. Cet arrêt nous semble problématique eu égard aux finalités de la réhabilitation, à savoir favoriser le reclassement social et professionnel du condamné. Même si le juge ne peut s'en prévaloir dans la motivation, rien ne l'empêche d'en tenir compte dans la fixation peine.

Enfin, l'article 634 du Code d'instruction criminelle précise que la réhabilitation « ne restitue pas au condamné les titres, grades, fonctions, emplois et offices publics dont il a été destitué ; elle ne le relève pas de l'indignité successorale; elle n'empêche ni l'action en divorce ou en séparation de corps, ni l'action en dommages-intérêts fondée sur la décision judiciaire ».

1759 C.C., 8 mars 2012, arrêt n° 41/2012 ; C.C., 31 mars 2022, arrêt n° 52/2022.

1760 Cass. (2e ch.) RG P.97.0294.F, 23 avril 1997, *Pas*., 1997, I, 500.

Bibliographie

BEKAERT, H., « Principes nouveaux de la réhabilitation », *Rev. dr. pén. crim.*, 1955-1956, p. 717 et s.

BEERNAERT, M.-A., « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », *Pli Juridique*, n° 52, juin 2020, p. 6-17.

BEERNAERT, M.-A. et VANDERMEERSCH, D., « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis* : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J.T.*, 2019, p. 490 à 492.

BEERNAERT, M.-A., FUNCK, J.-F. et NEDERLANDT, O., « L'entrée en vigueur prochaine du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans : enjeux et pistes d'action pour éviter l'aggravation de la surpopulation carcérale », *J.T.*, 2022, pp. 461 – 472.

BEERNAERT, M.-A., *Manuel de droit pénitentiaire*, 3e éd., Limal, Anthemis, 2019.

BERNARD, D., et DOUTREPONT, M., « Les juges belges face aux demandes d'extradition des États étrangers », in A. LAGERWALL (coord.), *Les juges belges face aux actes adoptés par les États étrangers et les organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant (coll. UB 3) , 2016, p.83-152.

BODSON, P.L., *L'individualisation de l'incrimination pénale*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985.

BOSLY, H.-D., « La responsabilité des dirigeants d'entreprise et la responsabilité pénale des personnes morales », *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, Y. De Cordt et D. Philippe (dir.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 237 et s.

BOSLY, H., DELHAISE, E., VANDERMEERSCH, D., COLETTE-BASECQZ, N., DE NAUW, A., NEDERLANDT, O. et KENNES, L., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén.crim.*, 2020, p. 5 à 136.

CHEVALLIER-GOVERS, C., et WEYEMBERG, A., *La création du Parquet européen. Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen ?*, Bruxelles, Bruylant, 2021.

CLOSE, Fr., « La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *J.L.M.B.*, 1987, p. 1408.

COLLIN, J.-P, FRANCE, E.-R., ROGGEN, F. et SPREUTELS, J., « Chapitre 6 - Responsabilité pénale des personnes morales », *Droit pénal des affaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 97 à 188.

COLETTE-BASECQZ, N., BLAISE, N., *Manuel de droit pénal général*, 4 éd., Limal, Anthemis, 2019.

COMMISSION POUR LA RÉVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Presses du Moniteur belge, 1979.

COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DÉTENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *Rapport final*, 2e partie, Bruxelles, s.d. (2003).

CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, t. 1er, Liège, Imprimeries Nationales, 1965.

DE BECO, D., « Concours d'infractions », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2017, p. 11 et s.

DECLERCQ, R., « Tentative, participation et désistement », *Rapport belge au XIIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1986.

DE CODT, J., « La mesure de la peine », *IDj*, 1994, p. 335 et s.

DE CLERCK, S., *Les arbres et la forêt. Réformer la justice,* Tielt, Lannoo, 1997.

DE FORMANOIR, E., « La nouvelle loi sur la responsabilité pénale des personnes », *Actualités en droit pénal 2019*, H. D. Bosly et Ch. De Valkeneer (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 65 à 96.

DE HERT, P. et MILLEN, J., « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publieke rechtspersonen », obs. sous C.A. n° 31/2007, 21 février 2007, *T. Strafr.*, 2007, p. 183 et 184.

DE LE COURT, P., « L'article 433 nouveau du Code pénal ou l'incitation de mineurs à commettre une infraction *», Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 227 à 239.

DELHAISE, E., VANDERMEERSCH, D., KUTY, F., COLETTE-BASECQZ, N., NEDERLANDT, O., KENNES, L. et BOSLY, H., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 502 à 618.

DEMANET, G. , « La loi du 22 mars 1999 modifiant la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 914 et s.

DE NAUW, A., « La suspension et le sursis en matière de stupéfiants et le délit collectif », *Rev. dr. pén. crim.*, 1985, p. 113 et s.

DE NAUW, A., *Initiation au droit pénal spécial*, 1re éd., Gand-Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, 2e éd., Bruxelles, Kluwer, 2008.

DE NAUW, A. et DERUYCK, F., « Le droit pénal spécial belge à l'épreuve du crime organisé », *Rev. int. dr. pén.*, 1997, no 3/4, p. 627 et s.

DENIS, J.L., « La motivation des peines », *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1023 et s.

DE SCHEPPER, L., « De uitwissing van veroordelingen », *Om deze reden. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 145 et s.

DE SWAEF, M., « De wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet », *R.W.*, 1990-1991, p. 1441 et s.

D'HAENENS, J., « Strafbare deelneming », *A.P.R.*, 1959, p. 111, nos 310 et s.

DUPONT, L. et VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Louvain-Amersfoort, Aco, 1990.

ENGLEBERT, J., « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », in *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles, Larcier, 2020.

ERNOTTE, F., « Responsabilité pénale », in *Droit des réseaux sociaux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2021.

FAGNOULLE, C., « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », obs. sous Liège, 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 23 à 31.

FERNANDEZ-BERTIER, M. et BONNEURE, M., « Le point sur quelques réformes législatives récentes : la responsabilité pénale des personnes morales, la transaction pénale, la saisie et la confiscation spéciale, et la lutte anti-blanchiment », *Dr. pén. entr.*, 2018, p. 156 à 161.

FERRI, E., *La sociologie criminelle*, trad. par L. TERRIER, Paris, F. Alcan, 1905.

FRANCE, E.-R., « Chronique de jurisprudence, droit pénal des affaires (2014-2015) », *R.D.C.*, 2017/3, p. 260 à 292.

FRANSSEN, V. et VAN DYK, S., « Strafrechtelijke verantwoordelijkheid rechtspersoon – Wetens en willens begane fout – Toepassingsgebied strafuitsluitende verschoningsgrondnote», note sous Cass., 22 juin 2011, *N.C.*, 2011, p. 381 à 386.

FRANSSEN, V. et VERSTRAETEN, R., « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, p. 65 à 73.

FRANCHIMONT, M. et DELEIXHE, G., « Aspects de la participation criminelle en Belgique », *Rev. dr. pén. crim.*, 1955-1956, p. 898.

GOOSSENS, F., « Het centraal strafregister wettelijk geregeld », *T.V.W.*, 2001, p. 299 et s.

GIACOMETTI, M. et GUILLAIN, Ch. « Les peines de surveillance électronique et de probation autonome, nouvelles peines alternatives à l'emprisonnement ? », *Actualités de droit pénal*, M.-A. Beernaert (dir.), Limal, Antemis, 2015, p. 87 à 152.

GUILLAIN, Ch., « La récidive de crime sur délit : un coup d'épée dans l'eau ? », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale,* V. Franssen et A. Masset (dir.), Anthemis, Commission Université-Palais (CUP), 2019, vol. 194, p. 45 à 72.

GUILLAIN, Ch., « Actualités en droit pénal général : nouveautés en matière de récidive et de concours d'infractions », *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Ch. Guillain et Fr. Kuty (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 49 à 78.

HAMER, Ph. et ROMANIELLO, J., *La responsabilité pénale des personnes morales. Loi du 4 mai 1999*, Diegem, Kluwer, 1999.

HAUS, J. J., *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 2e éd., Gand, A. Hoste, 1874.

HENNAU, Chr. et VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

HENNAU-HUBLET, C., « La participation punissable : vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 591 et s.

HORSEELE, M., VAN DYCK, S., FRANSSEN, V., « Requiem voor de decumulregel (oud artikel 5, lid 2 Strafwetboek) », *T. Strafr.*, 2020, p. 3 à 28.

JONGEN, F., STROWEL, A., *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017.

KÉFER, F., « Deux réponses au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales », note sous Cass., 10 mars 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 940 et s.

KELLENS, G., *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982.

KRINGS E., « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 565.

KUTY Fr., « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle : la jurisprudence *Haxhishabani* », *J.T.*, 2011, p. 360 à 363.

KUTY Fr., « La responsabilité pénale du chef d'une circonstance aggravante réelle de nature intentionnelle : l'exigence de prévision de sa commission à l'exclusion de sa seule prévisibilité », obs. sous Cass. (2ème ch.), 20 juin 2018, *J.T.*, 2018, p. 718 à 719.

KUTY, F., « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 1031 à 1052.

KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge – Tome III : l'auteur de l'infraction pénale*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2020.

KUTY Fr., COLETTE-BASECQZ, N., DELHAISE, E., NEDERLANDT, O., BOSLY, H. et BOSLY, V., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 413 à 545.

LEGROS, R., « L'élément intentionnel de la participation criminelle », *Rev. dr. pén.*, n°23, 1952-1953, p. 128.

LEGROS, R., *Droit pénal*, vol. 2, 5e éd., Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1980-1981, p. 338 et s.

LEROY, A., « La responsabilité pénale des personnes morales, version 2018 », *J.T.*, 2018, p. 638 à 639.

LEROY, A., « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *B.S.J.*, n°. 637, 2019, p. 7 à 10.

LENELLE, G. et PIJCKE, G., « La responsabilité pénale des personnes morales. Le point de vue de l'auditorat du travail », *Dr. pén. entr.*, 2019, p. 77 à 93.

LOMBROSO C., et LASCHI, H., *Le crime politique et les révolutions*, 2 vol., Paris, Alcan, 1891.

LUGENTZ, Fr., « Une première analyse de la portée de l'arrêt *Göktepe* ; pour une interprétation stricte? », note sous Liège, 10 avril 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 212 à 226.

LUGENTZ, Fr. et KLEES, O., « Le point sur la responsabilité des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 190 à 226.

MEEUS, A., « La loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1964-1965, p. 607 et s.

MICHIELS, O., « Les grandes principes de la récidive », *J.T.*, 1998, p. 505 et s.

MISONNE, A., « Le concours de responsabilités », *La responsabilité pénale des personnes morales en* Belgique, M. Nihoul (dir.), Bruxelles, la Charte, 2005, p. 87 à 164.

MOREAU, T. et VANDERMEERSCH, D., *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018

MOUCHERON, M., « Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil », *Cultures & Conflits*, 2006, n°61, p. 77-100.

NERDERLANDT, O. , « La loi du 14 janvier 2013 modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes – L'aggravation de la répression de la violence homophobe comme pédagogie de la tolérance ? », *J.T.*, 2013, p. 189 et s.

NEDERLANDT, O. et TEPER, L., « Le droit pénitentiaire va-t-il enfin prendre son envol ? », H. Bosly et Ch. De Valkeneer (coord.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 69 – 173.

NEDERLANDT, O., « Enquête auprès des tribunaux de l'application des peines en Belgique. Que devient le pouvoir judiciaire, et le droit qu'il protège, lorsqu'il franchit la porte des prisons ? », *Les frontières de la privation de liberté*, Paris, Mare et Martin, Collection ISJPS, 2021, pp. 33 – 55.

NEDERLANDT, O. et VANHOUCHE, A.-S., « Les maisons de transition : miroir aux alouettes ou pied dans la porte ? », in Ch. Guillain et D. Scalia (dir.), *Les coûts du système pénal*, *Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n°28, La Charte, Bruxelles, 2020, pp. 29 – 63.

NEDERLANDT, O., SLINGENEYER, Th., CARTUYVELS, Y., « Le droit pénal au prisme de la privatisation. Regard sur la contractualisation dans la justice pénale », in J. Van Meerbeeck, A. Bailleux et D. Bernard, *Distinction (droit) public / (droit) privé. Brouillages, innovations et influences croisées*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2022, pp. 45 – 82.

NEDERLANDT, O., SERVAIS, A. et TEUGELS, A., « Sortie de prison sous conditions : enjeux et difficultés de l'exécution de la peine privative de liberté en probation », *e-legal – Revue de droit et de criminologie de*

l'Université libre de Bruxelles, volume 6 intitulé « La peine ne s'arrête pas à la sortie de prison », 2022, disponible en ligne : https://e-legal.ulb.be/volume-n06/la-peine-ne-s-arrete-pas-a-la-sortie-de-prison/sortie-de-prison-sous-conditions-enjeux-et-difficultes-de-l-execution-de-la-peine-privative-de-liberte-en-probation.

NIHOUL, M., « Le champ d'application », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, M. Nihoul (dir.), Bruxelles, La Charte, 2005, p. 17 à 86.

ONSEA, I., « Wet betreffende de criminele organisaties: een eerste effectieve stap in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit? », *Panopticon*, 1999, p. 278 et s.

PANIER, Ch., « La déliquescence de la notion de délit politique », *Contradictions*, 1977, p. 3 et s.

PIRONET, Q., « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *J.L.M.B.*, 2018, p. 38.

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

REYNAERT, P., « Bilan des commissions de probation et des commissions de défense sociale », *Journ. proc.*, n°482, 2004, p. 26 et s.

RIZCALLAH, C., « La protection des droits fondamentaux dans le cadre du mandat d'arrêt européen : un impératif difficile à mettre en œuvre », *Rev. dr. pén. crim.*, 2019/1, p. 104-114.

RIZZO, A. (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2022.

ROGGEN, Fr., « Participation et imputabilité : l'application de ces principes à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, P. Mandoux et O. Klees (dir.), Bruxelles, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 5 à 34.

ROYER, S. et KRACK, N., « Comment les *incels* ont déclenché la compétence de la cour d'assises en matière de délit de presse », *J.L.M.B.*, 2021/38, p. 1738-1745.

ROZIE, J., « 4 - Vrije wil en strafrecht: partners in crime? », *Schuld*, J. Verplaetse (dir.), 1e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 109 à118.

ROZIE, J. et VANDERMEERSCH, D. (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1ier du Code pénal*, Bruxelles, La Charte, 2016.

SAEN, B. et LEROY, C., « Aperçu et premiers constats au premier anniversaire du Parquet européen », *Rev dr. pén. crim.*, 2022, pp. 631 – 644

SCHUERMANS, H., *Code de la presse,* 2e éd., Bruxelles, 1881.

SERON, V. et SIMON, J. , « La loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central », *J.T.*, 2002, p. 100.

SPREUTELS, J. , « Le contrôle de la motivation de la sanction pénale », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 901 et s.

TATTI, D., « Questions choisies à propos de l'enquête contre la 'mouvance anarchiste' », note sous Bruxelles, 12 novembre 2020, *J.LM.B.*, 2021, n°11, p. 484-492.

TULKENS, F., VAN DE KERCHOVE, M., CARTUYVELS, Y. et GUILLAIN, C., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014.

TRAEST, PH. et DE BUSSCHER, M., « Uitwissing van veroordeling en herstel in eer en rechten: een kritische benadering », *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 297 et s.

TROUSSE, P.E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *Les Novelles*, *Droit pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, n° 2800 et vol. 2, n° 4048

VAN DE KERCHOVE M. , *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005., p. 267 et s.

VAN DE KERCHOVE M., « La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs », *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 1059 et s.

VAN DE KERCHOVE, M., *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009.

VAN DEN WYNGAERT, CHR., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, t. I, 2e éd., Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1991.

VANDERMEERSCH, D., *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4e éd., Bruxelles, La Charte, 2012.

VANDERMEERSCH, D., « La participation criminelle : questions d'actualités », *Droit pénal en questions*, Ch. Guillain et P. Jadoul (dir.), Bruxelles-Limal, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthemis, 2013, p. 17 à 22.

VAN DYCK, S. et VANANROYE, J., « Het lot van de burgerlijke vordering bij toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond uit art. 5 2 Sw. » note sous Corr. Liège, 28 mars 2003, *T. Strafr.*, 2004, p. 189 à 192.

VAN ENIS, Q., « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? », *J.T.,* 2014, p. 394 et s.

VAN GERVEN, D., « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 956 à 974.

VAN OVERBEKE, S., « Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding », *R.W.*, 1992-1993, p. 648 et s.

VERBRUGGEN, F. et HORSEELE, M-J., « Zelfkastijding met een slapstick. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke publiekrechtelijke rechtspersonen met eenvoudige schuldigverklaring als enige straf », *N.C.*, 2019, p. 195 à 210.

TROUSSE P.E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *Les Novelles*, *Droit pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956.

TROUSSE P.E., « La participation criminelle en droit pénal positif belge », *Rev. int. dr. pén*., 1957, p. 169.

WAETERINCKX, P. et VAN HERPE, R., « De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdoet zich na 19 jaar van twee groeipijnen », *N.C.*, 2018, p. 541 à 560.

WERDING, A., « La responsabilité pénale des personnes morales : au revoir décumul, bienvenue responsabilité pénale de l'État ? », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Limal, Anthemis, 2019, p. 73 à 130.

WINANTS A. , « De uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken », *R.W.*, 1991-1992, p. 1413.

Table des matières

Introduction *2*

Chapitre I : Le droit pénal *3*

Section 1. La définition et l'objet du droit pénal **3**
§ 1. La terminologie utilisée pour définir le droit de punir 3
§ 2. Le droit pénal au sens strict et le droit pénal au sens large 4

Section 2. Le droit pénal et les autres branches du droit **4**
§ 1. Le droit pénal fait-il partie du droit public ou du droit privé ? 4
A. Le droit pénal assure le respect de règles de droit privé 4
B. La décriminalisation de certaines infractions 5
C. L'impact de la réparation du dommage causé à la victime sur la procédure pénale 5
D. La place croissante prise par la victime, aux différentes phases du procès pénal 5
E. La logique de contractualisation et l'irruption d'acteurs privés dans la chaîne pénale 6
§ 2. Le droit pénal : droit auxiliaire ou droit autonome ? 9
A. Le droit pénal et les normativités extra-juridiques : des recoupements partiels 9
B. L'autonomie du droit pénal par rapport aux autres branches du droit : une autonomie relative 10

Section 3. Les divisions du droit pénal **12**
§ 1. Le droit international 12
A. Le droit international pénal 12
B. Le droit pénal international 21
C. Le droit pénal européen 22
§ 2. Le droit interne 44
A. Le droit pénal matériel 45
B. Le droit pénal formel 49

Section 4. Les sources du droit pénal **50**
§ 1. Le principe de légalité 50
A. Le principe de légalité au sens formel 51
B. Le principe de légalité au sens substantiel 60
C. Le principe de légalité sur le plan international 64
§ 2. Une légalité élargie 66
A. Les conventions internationales 66
B. La Constitution 69
C. Les lois 69
D. Les arrêtés royaux d'exécution, de pouvoirs spéciaux ou d'habilitation 72
E. Les décrets et les ordonnances 72
F. Les règlements généraux, provinciaux et communaux 72
G. Les principaux généraux du droit 72
H. La jurisprudence 72

Section 5. Le champ d'application du droit pénal **73**
§ 1. L'application de la loi pénale dans le temps 73
A. La durée de la loi 73
B. Le conflit des lois pénales dans le temps 74
§ 2. L'application de la loi pénale dans l'espace 88
A. Le principe de la territorialité 88
B. L'exception de la compétence extraterritoriale 93

Section 6. L'interprétation en droit pénal **100**
§ 1. Le problème de départ 100
§ 2. Les principes de base selon l'article 45 de l'Avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros (1985) 101
A. Le principe de l'interprétation stricte 101
B. Les tempéraments au principe de la stricte interprétation 103
§ 3. L'interprétation dans la proposition d'avant-projet de Livre Ier de la commission de réforme du droit pénal 105

Chapitre II. L'infraction 106

Section 1. La définition de l'infraction 106

Section 2. La classification des infractions 108
§ 1. Classification tripartite fondée sur la nature de la peine 108
A. Le principe et ses enjeux 108
B. Difficultés d'application 108
§ 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction 109
A. Les infractions politiques 109
B. Les infractions de presse 117

Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction 121
§ 1. L'élément légal 122
A. Définition 122
B. Causes de justification 122
§ 2. L'élément matériel de l'infraction 138
A. L'exigence d'un acte interdit par la loi : un enjeu démocratique 139
B. La nature ou les conditions de l'acte pénal 139
C. La réalisation de l'acte 144
D. L'acte inachevé punissable : le régime de la tentative d'infraction et de l'infraction manquée 148
§ 3. L'élément moral 154
A. L'imputabilité morale et les causes de non-imputabilité 155
B. L'état d'esprit 175

Chapitre III. L'auteur de l'infraction 182

Section 1. La place de l'agent dans le système pénal 182

Section 2. Les sujets de l'infraction 182
§ 1. Le principe historique de l'irresponsabilité des personnes morales 182
§ 2. Le régime de responsabilité pénale des personnes morales 184
A. Catégories de personnes visées 185
B. Comportements donnant lieu à la responsabilité 187
C. Personnes physiques par lesquelles la responsabilité peut être engagée 189
D. Le concours des responsabilités des personnes morale et physique 190

Section 3. La participation criminelle 199
§ 1. Position du problème 199
§ 2. Conditions de la participation criminelle 200
A. La volonté de s'associer au même crime ou délit 200
B. L'exécution d'un des actes de participation prévus par la loi 202
C. L'existence d'une infraction principale 205
§ 3. Le champ d'application de la participation 206
§ 4. Les formes de la participation 206
A. La corréité 206
B. La complicité (art. 67 C.P.) 210
§ 5. La répression de la participation criminelle (art. 69 C.P.) 211
A. La détermination de la peine 211
B. Les circonstances aggravantes 212

Section 4. La récidive 217
§ 1. La question des fondements 218
§ 2. Les conditions légales de la récidive 220
A. Une condamnation antérieure 221
B. Une infraction nouvelle 223
C. Les types de récidive prises en compte par le droit pénal 224
§ 3. Les cas de récidive 225
A. Dans le droit pénal général 225
B. Dans le droit pénal spécial et particulier 232
§ 4. Les effets de la récidive 233
A. L'aggravation de la peine 233
B. La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines 235

Chapitre IV. La peine 236

Section 1. La définition et les caractères de la peine 236
§ 1. Définition 236
A. Au regard du droit pénal 237
B. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme 241
§ 2. Caractères 245
A. Légale 245
B. Obligatoire 246
C. Égale 247
D. Personnelle 247
E. Individuelle 249

Section 2. Les fonctions des peines 249
§ 1. Fonction de prévention 249
A. Prévention générale 250
B. Prévention spéciale 250
§ 2. Fonction de réparation 251
§ 3. Fonction de rétribution 252
§ 4. Fonction de renforcement symbolique des normes 253
§ 5. L'avant-projet de Code pénal (2016) 255

Section 3. La classification des peines 256
§ 1. Classification des peines selon les rapports qu'elles ont entre elles 257
§ 2. Les différents types de peine 264
§ 3. Classification tripartite des peines 282
A. Peines applicables aux personnes physiques 282
B. Peines applicables aux personnes morales 288

Section 4. La mesure de la peine 290
§ 1. La motivation de la peine 290
A. L'étendue de la motivation en matière correctionnelle 290
B. Certaines résistances 293
§ 2. Les circonstances aggravantes 295
A. Caractéristiques 296
B. Répartition 296
C. Effets 298
§ 3. Les facteurs/éléments aggravants 298
§ 4. Le concours d'infractions 299
A. Le concours matériel 300
B. Le concours idéal 303
§ 5. Les excuses 308
A. Caractéristiques de l'excuse 309
B. Deux sortes d'excuses 309
C. Le projet de réforme du Livre premier du Code pénal 318
§ 6. Les circonstances atténuantes 320
A. L'admission de circonstances atténuantes au stade présentenciel 321
B. L'admission de circonstances atténuantes au stade du jugement 323

Section 5. Les modalités de la peine 325
§ 1. La suspension du prononcé de la condamnation 326
§ 2. Le sursis à l'exécution des peines 329
§ 3. La probation 332

Section 6. L'exécution des peines et des mesures 335
§ 1. Généralités 335
§ 2. L'exécution de la mesure d'internement 337
§ 3. L'exécution des peines alternatives, des sursis et suspensions probatoires 341
A. La peine de surveillance électronique 341
B. La peine de travail 341
C. La peine de probation 342
D. Les suspensions et sursis probatoires 343

§ 4. L'exécution des peines privatives de liberté 343
A. Les modalités d'exécution de la peine qui ne dépendent pas du seuil 346
B. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est inférieure ou égale à trois ans 348
C. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est supérieure à trois ans 359
D. Tableaux récapitulatifs 364
§ 5. L'exécution de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines 365

Section 7. Les obstacles à l'exécution de la peine privative de liberté 366
§ 1. La mort du condamné 366
§ 2. La grâce 367
§ 3. L'amnistie 367
§ 4. La prescription de la peine 367

Section 8. La disparition des effets des peines 368
§ 1. L'effacement des condamnations 369
§ 2. La réhabilitation en matière pénale 371

Bibliographie*..... *376

Table des matières*..... *382