44087

Université Catholique de Louvain

DEPARTEMENT DE CRIMINOLOGIE ET DE DROIT PENAL

ECOLE DE CRIMINOLOGIE

FA05/

ADNIN

DOCUMENT DE TRAVAIL

N°12/2

Réforme du Code pénal

Analyse de l'avant-projet de code pénal de M. R. Legros, Commissaire royal à la réforme du code pénal.

par

Françoise TULKENS

_ 1986 -

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

87-09849-1494

A PROPOS DE LA REFORME DU CODE PENAL

Analyse de l'avant-projet de code pénal de M.R. LEGROS, commissaire royal à la réforme du code pénal (*)

(1ère partie)

Le processus de réforme du code pénal est, officiellement, engagé en Belgique depuis 10 ans et il a suscité, à ce jour, la réalisation d'un nombre important de rapports, d'études et de documents, d'un intérêt doctrinal certain. Dès le départ, nous nous sommes attachés à suivre de très près les travaux de réforme, dans un triple but. D'une part, en rassemblant et en conservant les sources, nous voulons contribuer à constituer une mémoire collective d'une entreprise qui, quelle qu'en soit l'issue, marquera les développements du droit pénal en Belgique. D'autre part, nous souhaitons ouvrir le débat sur la réforme, créer un lieu de confrontation et d'échanges permettant à des points de vue différents de s'exprimer, en fonction d'autres positions et d'autres pratiques, d'autres rôles sociaux ou institutionnels. Enfin, nous pensons aussi que la réforme est l'occasion de susciter une réflexion continue et critique sur le devenir du pénal dans le contexte du changement.

I. La chronologie de la réforme

Rappelons-la brièvement (1). Le texte fondateur est l'arrêté royal du 6 avril 1976 portant création d'une commission pour la révi-

---

* Cet article, dont l'auteur assume la responsabilité, doit beaucoup aux travaux du groupe "Réforme du Code pénal" constitué au sein du Département de Criminologie et de Droit pénal de l'U.C.L., auxquels ont participé Mmes et MM. H.-D. Bosly, C. Hennau-Hublet, G. Houchon, I. Poulet, J. Verhaegen, avec le précieux concours de MM. C. Debuyst et J. du Jardin ainsi que MM. G. Laffineur et P. Orianne (du Département de droit public).

(1) De manière générale, sur l'initiative et les perspectives de la réforme du code pénal en Belgique, voy. H. VANDERPOORTEN, "Eigentijds justitiebeleid", R.W., 1975-76, vol.2537-2547; J. MATTHIJS, "Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons strafwetboek", R.W., 1976-77,

../..

sion du code pénal, dont la mission est de faire rapport sur les orientations de la réforme et de présenter, ensuite, au ministre de la justice, un "avant-projet de loi contenant un nouveau code pénal ainsi que les autres modifications législatives que la réforme proposée rendrait nécessaires" (art.2)(2). Le Rapport au roi, qui dévoile l'intention de la réforme, évoque deux ordres de réalité : d'une part, les transformations des conditions matérielles et humaines de la vie qui "ont modifié les données de la lutte contre la délinquance"; d'autre part, l'existence de certains comportements nouveaux qui "menacent la sécurité et inquiètent l'opinion". A cet effet, la recherche des voies nouvelles de répression entend mieux protéger les droits essentiels des individus et de la collectivité et concilier, dans une action de défense sociale, "les exigences de l'efficacité et de l'humanité" (3). En juin 1978, la commission dépose un Rapport sur l'état de ses travaux dans lequel sont exposés les principes qui devront inspirer la réforme du futur code (4). Ce premier document, complété et adapté, devient le Rapport sur les principales orientations de la réforme présenté par la commission pour la révision du code pénal en juin 1979 (5), qui suscita

---

../..

col.577-600 et 641-666; F. HUTSEBAUT, "Hervorming van het belgisch strafrecht en strafprocesrecht: restauratie of renovatie?", Delikt en delinkwent, 1978, pp. 96-115; G. KELLENS, "La problématique de la réforme", in Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, sous la direction de Chr. Debuyst, Genève, 1981, pp. 318-324; J. VERHAEGEN, "La révision du code pénal belge, entreprise d'actualisation et réanimation", Revue pénale suisse, 1981, pp. 1-15; Fr. TULKENS, "La réforme du code pénal : vers quelle stratégie de changement?", in Punir mon beau souci. Pour une raison pénale, sous la direction de F.Ringelheim, Bruxelles, 1984, pp.380-403.

(2) Pasin., 1976, p.735. L'arrêté ministériel du 20 avril 1976 (Ibid.) nomme les dix-huit membres de la commission. Voy. l'allocution du ministre de la justice lors de l'installation de la commission, Bull.adm.pén. 1976, pp. 122-124.

(3) Pasin., 1976, p.735.

(4) "Rapport sur l'état des travaux de la commission pour la révision du code pénal", Rev.dr.pén.crim., 1978, pp. 713-748, R.W., 1978-79, col. 99-120. Voy. C. FIJNAUT, " De hervorming van het belgisch strafrecht : een eigentijds gebeuren?", Delikt en delinkwent, 1979, pp. 1-4; H. SCHULTZ, "Remarques concernant le rapport sur l'état des travaux de la commission pour la révision du code pénal", Annales de droit, 1979, pp.93-123; R. LEGROS, "Observations sur le rapport de juin 1978 de la commission pour la révision du code pénal", J.T. 1980, p. 17-25.

(5) COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, Bruxelles, Ed.du Moniteur, 1979 (125p.).

diverses observations et analyses (6). L'objet de ce texte concerne essentiellement la partie du code relative aux principes généraux du droit pénal (Livre I), la commission ayant pris le parti de subordonner la refonte de la partie spéciale consacrée aux infractions (Livre II) aux décisions qui seront prises au sujet de la partie générale.

Considérant, d'une part, que "la commission de révision du code pénal a dégagé les orientations susceptibles d'être discutées et envisagé des solutions en vue de la promulgation d'un nouveau code pénal" et, d'autre part, " qu'il y a lieu à présent de passer au stade de la rédaction d'un avant-projet de loi contenant un nouveau code pénal ainsi que les modifications législatives rendues nécessaires par cette réforme" (Préambule), l'arrêté royal du 8 avril 1983 nomme un commissaire royal (M.R. Legros, professeur à l'Université libre de Bruxelles et premier président de la Cour de cassation) et un commissaire royal adjoint (M.J. D'Haenens, professeur à la RijksUniversiteit te Gent, conseiller à la Cour de cassation et président de la commission de révision du code pénal) à la réforme du code pénal (7). L'objet des travaux, la procédure et le délai imparti sont très clairement prévus dans le texte. Il est notamment précisé que l'avant-projet comprendra la partie générale du droit pénal (articles 1 à 100) ainsi que les propositions nécessaires pour permettre une application de cette partie générale, sans attendre que la réforme du droit pénal spécial soit achevée. Le 28 janvier 1986, le ministre de la justice rend public l'avant-projet de code pénal de M.R.Legros, en annonçant qu'il procèdera à une très vaste consultation au sujet des réformes proposées (8).

---

(6) Voy. Afdeling strafrecht, strafvordering en criminologie van de Rechtsfaculteit (K.U.L.), "Open brief aan de Minister van Justitie over de hervorming van het strafrecht", Panopticon, 1980, pp. 317-320; Fr. TULKENS (rapporteur), Observations et commentaires de membres de la Faculté de droit et de l'Ecole de criminologie de l'U.C.L. au sujet du Rapport sur les principales orientations de la réforme de la commission pour la révision du code pénal, Louvain-la-Neuve, 1982; "Aspects particuliers de la réforme du droit pénal", Annales de droit, 1983, pp. 13-161; Fr. TULKENS, "La réforme du code pénal en Belgique. Question critique", Déviance et société, 1983, pp. 197-218.

(7) Moniteur, 28 avril 1983, pp.5449-5450.

(8) R. LEGROS, Avant-projet du code pénal, Préface de J.GOL, Vice-Premier Ministre et Ministre de la justice, Bruxelles, Ed.du Moniteur, 1985.

Le volonté politique de hâter l'aboutissement de la réforme ne paraît pas certaine. Dans sa préface, en effet, le ministre de la justice invoque les mêmes arguments de prudence et de réserve qu'il avait déjà développés en 1982, à l'égard, notamment, de "toute influence d'idées qui ne sont portées que par une mode transitoire", d'où il lui paraissait évident que la réforme d'ensemble du code pénal, si elle est souhaitable, "ne revêt néanmoins par un caractère d'urgence aussi accusé que certaines réformes plus particulières auxquelles il faut que le législateur s'attache par priorité" (9). "Une seule chose est pire qu'une loi en retard sur les moeurs, écrit Marguerite Yourcenar, c'est une loi en avance sur elles" (10). Par ailleurs, le ministre laisse entendre que les réformes proposées peuvent se heruter à des obstacles d'ordre budgétaire et il invoque, expressément, l'institution d'un tribunal de l'application des peines prévue dans l'avant-projet; à des objections de principe également, qui amènent le commissaire royal à proposer des solutions alternatives ou subsidiaires, dont certaines, si elles devaient être retenues, hypothèqueraient la cohérence des propositions formulées. Ainsi, par exemple en ce qui concerne la suppression des peines d'emprisonnement inférieures à six mois.

Dans la présentation du commissaire royal, l'avant-projet de code pénal (Livre 1°) contient 233 articles, ce qui est relativement long dans la tradition des codes classiques. Il est suivi d'un Exposé des motifs qui s'apparente davantages aux commentaires qu'au Discours Préliminaire.

Nous ne pouvons, bien sûr, examiner l'ensemble des propositions de réforme qui portent, très logiquement, sur les quatre éléments constitutifs du droit pénal positif, à savoir la loi, l'infraction, l'auteur de l'infraction et la sanction. Certaines d'entre elles confirment, d'ailleurs, des positions doctrinales ou des pratiques jurisprudentielles généralement admises. Nous avons choisi d'articuler notre analyse de l'avant-projet autour de deux questions qui nous paraissent centrales et qui permettent de saisir la logique interne des textes proposés. Elles constitueront le thème principal des deux parties de cet article. Quelles sont, d'une part, les **limites** de la répression qui se dessinent au travers des dispositions relatives au droit pénal général? En conclusion de cette première partie, nous formulerons quelques observations

(9) J. GOL, "La réforme du code pénal et la motivation des peines", Annales de droit, 1983, p .151.

(10) Préface de J. GOL, Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, op.cit., (8), p.6.

relatives à la problématique et à la méthode de la réforme. Quelle est, d'autre part, la nature et la portée du nouveau régime sanctionnateur qui occupe une place centrale dans les propositions de réforme ? La seconde partie de l'article consacrée aux peines (chapitres 5 à 9) sera complétée par une note de G. Houchon sur une question particulière de pénologie : les courtes peines d'emprisonnement.

Une double réserve doit, enfin, être formulée. Nous ne cherchons évidemment pas dans cet article à épuiser l'analyse ni la discussion des matières abordées mais, plutôt, à pointer des questions critiques sur lesquelles il nous semble qu'un débat devrait pouvoir intervenir. Notre démarche devrait, logiquement, se compléter par des monographies sur des thèmes particuliers (11). Par ailleurs, même si certaines de nos observations peuvent être considérées comme critiques, nous pensons que les travaux réalisés constituent des moments importants d'une entreprise difficile.

II. Le champ de la répression.

Les quatre premiers chapitres de l'avant-projet concernent successivement l'infraction, la loi pénale, l'auteur de l'infraction et les limites de l'infraction. Peut-être serait-il plus logique, quant à l'ordre des matières, de traiter, d'abord, de la loi pénale comme source du droit pénal et d'envisager, ensuite, celui-ci dans son objet, à savoir l'infraction, à laquelle se rattachent naturellement certaines des matières rangées sous l'intitulé des limites de l'infraction (les causes de justification et la tentative, notamment; on perçoit mal la raison de situer, sous ce titre, les règles du concours). La question de l'auteur de l'infraction devrait se situer en dernier lieu; c'est cet ordre que nous adopterons ici.

---

(11) Voy. notamment le numéro d'octobre 1986 des Annales de droit (à paraître) contenant, dans cette perspective, des études sur l'élément moral de l'infraction et le tribunal d'application des peines.

tence de principe des juridictions ordinaires pour les mineurs, à partir de 16 ans, en cas de violences physiques graves envers les personnes.

L'article 22 énonce le principe de l'application immédiate des lois de prescription de l'action publique et des peines, sauf si la loi en dispose autrement. Sous cette forme générale, cette règle pourrait-elle signifier que l'application immédiate de ces lois interviendrait même lorsqu'elles nuisent au prévenu? Interprétée en ce sens, une telle disposition alourdirait le sort de celui-ci.

Par ailleurs, l'avant-projet regroupe, dans le code pénal, les dispositions relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace. Actuellement, ce sont les articles 3 et 4 du code pénal qui définissent le principe de territorialité tandis que les articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale (modifiée par la loi du 12 juillet 1984) déterminent les exceptions fondées soit sur le principe de la personnalité, soit sur le principe de la protection. L'avant-projet entend accroître le pouvoir juridictionnel aux actes commis sur le territoire (16), notamment par l'élargissement des conditions relatives à la détermination du lieu de l'infraction et l'extension de la double incrimination. En ce qui concerne le critère de localisation de l'infraction, celle-ci 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, ce qui est conforme à la jurisprudence actuelle (17), mais aussi "lorsque les effets de l'infraction punissable et commise à l'étranger ont eu ou pourraient avoir lieu, en tout ou en partie, en Belgique, et lorsque l'infraction commise à l'étranger est connexe à une infraction commise en Belgique" (art.30). Le texte permet de retenir, non seulement les effets directs, immédiats (ce qui constitue déjà un critère plus large que celui de l'élément constitutif), mais aussi les effets lointains et il inclut même la tentative. Quant à la connexité,

---

(16) P.E. TROUSSE, op.cit., (12), n° 455.

(17) Voy., par exemple, cass.23 janvier 1979, Pas., 1979.I.582. L'infraction d'émission d'un chèque sans provision à l'étranger tiré sur une banque située en Belgique peut être localisée en Belgique parce que l'absence de provision est un élément constitutif de l'infraction qui est un délit complexe.

on ne voit pas comment elle pourrait avoir,ici, un effet de prorogation de compétence . L'article 36, al.3 précise le champ de la double incrimination "lorsque l'infraction à une réglementation, commise à l'étranger, est punie par une réglementation belge assurant la même protection par des modalités différentes". Il y a donc possibilité de poursuite indépendamment de la qualification légale du fait. Observons, enfin, la possibilité d'étendre les interdictions et les déchéances (mais pourquoi, dans la logique de l'avant-projet, uniquement celles-ci?) prononcées par les juridictions étrangères (art.34).

b. L'interprétation de la loi pénale

L'article 45 fixe des règles d'interprétation de la loi pénale. Hormis l'affirmation du principe que le droit pénal est d'interprétation stricte et que l'extension de la loi par analogie est interdite, nous sommes perplexe quant à l'utilité réelle de poser, dans un code, des règles relatives à l'interprétation. Le code civil y a, quant à lui, renoncé et, en matière d'interprétation des conventions la Cour de cassation a elle-même décidé que ces règles constituaient des directives qui ne liaient pas le juge . On perçoit les difficultés et les limites de pareille entreprise lorsque le texte énonce, par exemple, que "les concepts de droit sont pris dans leur sens courant, non dans leur sens technique" (art.45, d.). Disposition floue car le problème consiste précisément à distinguer le "sens courant" et le "sens technique". Si, dans l'ensemble, les règles proposées sont conformes aux tendances actuelles de l'interprétation en droit pénal,[18] elles s'en écartent sur la matière des excuses que l'avant-projet entend faire échapper à la règle de l'interprétation extensive des dispositions favorables et soumettre au régime de l'interprétation stricte (art.45, b.)(19). En soi, cette proposition n'est

(18) Notamment quant à la volonté du législateur raisonablement comprise, voy. cass. 13 mars 1975, J.T. 1975, p. 315; Cass. 28 septembre 1977, Pas. 1978, I, 118.

(19) P.E. TROUSSE, op.cit., (12), n° 547 et 547 bis; A. PRINS, Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899, p.43, n° 70; J.J.HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, t.1, Gand, 1879, reprint Bruxelles, 1979, p.102, n° 151.

certainement pas logique; mais elle accentue l'idée, comme le souligne l'exposé des motifs, que les excuses suppriment la peine "pour des raisons de politique criminelle dont le législateur est seul juge" (20). Il s'agit là de l'aspect le plus moralement contestable du régime des excuses. Enfin, l'affirmation que "le doute profite à l'accusé et au prévenu quand il porte sur les faits" ne peut trouver sa place ici, car on ne peut confondre la question du doute sur le fait, qui relève de la preuve, et celle de l'interprétation de la loi.

2. L'infraction

a. La classification des infractions

L'article 1° de l'avant-projet reprend la classification formelle de l'article 1° du code pénal de 1867, à la seule exception que la peine de police est transformée en peine contraventionnelle. Il y a donc maintien de la division tripartite des infractions, pour des raisons liées à la tradition, avec maintien aussi du taux de la peine comme critère de la division (21).

Dans l'exposé des motifs, "estimant qu'il faudra revoir certaines qualifications en raison de l'évolution des moeurs, des idées et des nécessités de la répression", le commissaire royal esquisse des orientations quant au fond, qui s'articulent autour de trois thèmes. Le premier concerne ce que l'on pourrait appeler la "topographie pénale" : compétence de la cour d'assises pour les "vrais crimes au sens courant du terme"; révision de la pratique des

---

(20) R. LEGROS, Avant-projet de code pénal, op.cit., (8), Exposé des motifs, p.40.

(21) Le Rapport sur les principales orientations de la réforme de la commission pour la révision du code pénal proposait aussi le maintien de la classification tripartite mais "ne devant plus reposer sur le taux de la peine applicable ou appliquée mais bien sur la nature même de l'infraction" (op.cit.,(5), p.38). Nous avons montré les dangers de pareille proposition, notamment quant à l'adoption du critère de la gravité dont le contenu est essentiellement relatif. Voy. Observations et commentaires de membres de la Faculté de droit et de l'Ecole de criminologie de l'U.C.L. au sujet du Rapport sur les principales orientations de la réforme de la Commission pour la révision du code pénal, op.cit.,(6), pp.11-12.

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

correctionalisations et des contraventionalisations; suppression des minima des peines (22). Dans ces propositions, il y a, d'un côté, la question, déjà abordée par la commission de révision, du regroupement des infractions en des catégories plus fermes, plus homogènes. Mais selon quels critères? Il s'agit là d'une question centrale et inévitable. Le "vrai crime au sens courant du terme" n'est pas un critère opérationnel. D'un autre côté, la suppression des minima de peines pose la question de la légitimité et de l'opportunité de la dérogation au principe de la légalité - en vertu duquel seul le législateur peut déterminer la nature et la mesure de la peine - et de l'extension corrélative du pouvoir du juge. Le deuxième thème concerne la matière des lois pénales particulières où la position du commissaire royal traduit une préoccupation de morale sociale : actuellement dispersées, les infractions dans les domaines du droit du travail, de la sécurité sociale, de l'environnement, etc.. seraient regroupées dans le Livre II du code pénal "avec l'avantage qu'on restituerait à ces infractions, considérées aujourd'hui, à tort selon moi, comme purement réglementaires, matérielles, leur caractère immoral, dans le sens social du terme" (23). Ce n'est donc point une efficacité instrumentale qui est recherchée (comme par exemple la coordination des multiples lois particulières), mais bien une efficacité symbolique (24). Le troisième thème, enfin, évoque les conceptions que le commissaire royal entend faire prévaloir quant à la nature et la portée du droit pénal et nous trouvons ici la logique qui assure la cohérence de son projet : "le droit pénal doit perdre son caractère de discipline normative au service de la seule morale individualiste pour devenir aussi un moyen de lutte contre les procédés directement contraires à la sécurité, au civisme, au respect des obligations sociales ... Il faut, selon moi, rendre au droit pénal sa fonction générale de protection des personnes, des biens, de la société en général et de la personne humaine, par des règles d'organisation sociale, qui deviennent des règles essentielles, morales au sens large de civisme, par le fait même qu'elles sont assorties de sanctions répressives. On ne punit de peines, par définition sévères, que des

---

(22) R. LEGROS, Avant-projet de code pénal, op.cit., (8), p.81.

(23) Ibid., p.81.

(24) M. van de KERCHOVE, "Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste", in Punir mon beau souci. Pour une raison pénale, sous la direction de F. Ringelheim, Bruxelles, 1984, pp.123-171.

comportement blâmables, essentiellement critiquables" (25). Un débat devrait pouvoir s'ouvrir ici sur les présupposés, les nuances et les effets des positions utilitaires et morales en droit pénal.

Une dernière remarque concerne la notion d'infraction politique dont le statut est ambigu dans l'avant-projet. Le commissaire royal signale qu'il ne fait pas mention des infractions politiques estimant préférable, en cette matière délicate, de s'en remettre au droit positif actuel (26). Mais, dans le même moment, dans l'énumération des peines applicables en matière criminelle, l'article 91 omet la peine de détention qui est réservée en propre aux crimes politiques. Quand on observe le très net mouvement de défaveur à l'égard de la reconnaissance de l'infraction politique, surtout dans la jurisprudence, pareille omission pose problème dans la mesure où elle est susceptible de consommer la disparition de la catégorie "délit politique" (27).

b. L'élément moral de l'infraction

Quelle est la controverse? Dans le souci de réserver la sanction pénale aux comportements intentionnels, la commission de révision du code pénal propose une formulation légale explicite de la condition traditionnelle du dol, applicable en principe à tous les crimes et délits. "L'intention serait définie comme étant la volonté qui tend positivement à réaliser le fait incriminé, la volonté de faire de que la loi pénale défend" (28). En revanche, en ce qui concerne les infractions non-intentionnelles, l'élément moral requis sera la répréhensible négligence, celle-ci constituant la condition minimale de la responsabilité pénale (29). Le commissaire royal s'y oppose radicalement. Le dol est une fiction historique qui a permis de "contourner" le légalisme extrême issu de la révolution française, qui n'admettait comme cause de

(25) R. LEGROS, Avant-projet du code pénal, op.cit., (8), p.82.

(26) Ibid., p. 83.

(27) Voy. R.P.D.B., V° Délit politique, Bruxelles, 1972, n° 81. Cass. 29 oct. 1981, Rev. dr. pén. crim., 1982, p. 277.

(28) COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, op.cit., (5), p. 54.

(29) Ibid., p. 55.

justification que la force majeure; comme toutes les fictions de cette nature, elle est appelée à disparaître. 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 dispose que "sauf 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)."Sous réserve des infractions d'imprudence dans laquelle la faute antérieure au dommage, ou défaut de précaution ou de prévoyance, est expressément prévue comme élément de l'infraction, la faute consiste dans la réalisation de l'infraction sans justification" (art.4). Les causes de justification sont, quant à elles, applicables à toutes les infractions et donc également aux contraventions (art.5).

Sans revenir sur l'histoire de ces positions ainsi que sur les nombreuses discussions doctrinales et jurisprudentielles qui y ont été consacrées (30), nous voudrions simplement en interroger certains effets. Si l'application pratique du principe général du dol se heurte à des obstacles sérieux, principalement en ce qui concerne la preuve, en revanche, l'abandon de l'exigence de l'intention, comme limite à l'emprise du pénal, est susceptible, dans l'état actuel du code, d'étendre le champ de la répression. Si l'on considère que le Livre II du code pénal contient plus de cent crimes, tous intentionnels, et un plus grand nombre encore dont une quinzaine seulement s'étendent expressément à la négligence, on mesure l'extension de la répression qui peut résulter de l'inversion du principe suivant lequel, en matière de crimes et de délits, le silence du législateur doit s'interpréter comme exigence de l'élément intentionnel. Par ailleurs, l'abandon préconisé du recours à la notion de dol général suggère, en soi très logiquement, des réaménagements de la matière des causes de justification dans le sens d'une admission plus large de celles-ci (31). Or, paradoxalement, certaines des propositions de l'avant-projet limitent l'effet justificatif et, partant, étendent la répression. Ainsi, les articles 10 et 12 rejettent-ils l'effet exonératoire que l'on reconnaît actuellement, en matière intentionnelle, à l'erreur de fait fautive, mais sincère et

---

(30) Voy. COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, op.cit., (5), pp.51-61; R. LEGROS, Avant-projet de code pénal, op.cit., (8), Exposé des motifs, pp.84 à 138.

(31) R. LEGROS, Ibid., p. 120.

c. Faute pénale et faute civile (36)

En considérant que la faute la plus légère suffit à engager la responsabilité pénale en matière d'infraction d'imprudence, l'article 10 adopte, semble-t-il, la thèse de l'unité des fautes civiles et pénales (l'exposé des motifs confirme cette interprétation), à l'égard de laquelle existent de sérieuses objections (37).

d. La preuve des infractions

Malgré les arguments invoqués, à savoir qu'en droit civil les dispositions relatives à la preuve sont énoncées dans la théorie générale des obligations, nous pensons que cette matière trouverait mieux sa place dans son milieu naturel, le code d'instruction criminelle. L'article 16 écarte la thèse de la preuve morale généralisée. Ce texte vise à redonner à la preuve, en droit pénal, son caractère légal en distinguant la situation du jury et celle des juges, le premier "statuant suivant son intime conviction", tandis que les seconds "tirent leur conviction de preuves légalement admises et recueillies, sans pouvoir la fonder sur une simple conviction morale". L'intime conviction n'est pas, en elle-même, une preuve; elle est plutôt l'effet d'une preuve. Dans le respect des principes généraux et notamment de la cohérence logique, le jury se forme sa conviction en admettant des hypothèses vraisemblables. Par ailleurs, l'exigence - largement justifiée - de la régularité des preuves n'est pas assortie d'un régime de sanction, comme, par exemple, la nullité de la procédure. La question de la nature et du contenu des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, qui est importante au regard de l'évolution actuelle de la jurisprudence, n'est pas non plus abordée.

L'article 17 rappelle que la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante mais la restriction initiale, "sauf disposition contraire", pose

---

(36) Voy. l'exposé des deux thèses en présence dans le Rapport sur les principales orientations de la réforme, op.cit., (5), pp. 70 à 78.

(37) Voy. R.O. DALCQ, "Faute civile et faute pénale", Y. HANNEQUART, "Faute civile et faute pénale : perspective de réforme" et P.H. DELVAUX, "Réflexions sur certains effets seconds de la dissociation entre faute pénale et faute civile", Annales de droit, 1983, pp. 73, 87 et 113; J. VERHAEGEN, "Faute pénpale et faute civile", Archives de philosophie du droit, t. 28, 1983, pp. 18 à 28.

problème car elle est susceptible, dans sa généralité, de vider le principe de son contenu.

Il est regrettable que d'autres questions n'aient pas été envisagées. Celle, notamment, des écoutes téléphoniques où il pourrait être utile que le code pénal trace des limites précises. Celle aussi de la valeur des procès-verbaux, valant jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux (38).

3. Les limites de l'infraction

a. Les causes de justification

Si l'article 61 énumère - mais sans que cette énumération soit limitative conformément aux principes relatifs à l'interprétation - l'ensemble des causes de justifications objectives et subjectives actuellement reconnues en droit positif (39), le régime juridique de certaines d'entre elles est sensiblement modifié. En ce qui concerne la contrainte, au critère de l'individu concret, compte tenu de ses facultés personnelles de résistance, de l'article 71 du code pénal actuel, l'article 64 de l'avant-projet substitue, comme en matière d'ignorance ou d'erreur, le critère abstrait de la "force imprévisible ou irrésistible". L'exposé des motifs ne contient pas d'explication sur les raisons d'une appréciation objective de l'irrésistibilité qui limite, bien

---

(38) M. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", R.W., 1980-81, col. 1456 sv.

(39) Certains auteurs - et même certains codes - proposent de distinguer les causes de justification objectives qui rendent le fait conforme au droit et les causes de non-imputabilité (subjectives) qui laissent subsister le caractère répréhensible de l'acte, en soulignant que parmi les fonctions pénales attribuées à la distinction du "fait objectivement criminel" et du "fait qualifié infraction", le rôle éducateur dévolu au droit pénal est appelé à exercer la fonction la plus importante. Voy. l'analyse de cette position dans J. VERHAEGEN, "Le fait qualifié infraction", in Mélanges offerts à R. Legros, Bruxelles, 1985, pp. 749 sv., 761. La commission de révision du code pénal estime qu'il faut éviter le désarroi que peut engendrer dans l'opinion du prévenu et du public un acquittement prononcé pour des raisons subjectives s'il risque de s'interpréter comme reconnaissance de la légitimité du fait. Dans une problématique de cet ordre, quel est le sens de la distinction opérée dans l'avant-projet, aux articles 65, 68 et 70, entre les expressions "il n'y a pas d'infraction" et "n'est pas punissable"?

sûr, l'effet justificatif. La légitime défense est, dans l'article 68, étendue à la défense des biens, extension dont l'expérience en France, dont l'avant-projet se prévaut, montre depuis longtemps les dangers réels; quant à l'article 69 qui vise l'effraction nocturne de domicile, on pourrait y voir l'amorce d'un "permis légal de tuer" dans la mesure où, contrairement à l'article 417, al.2 du code pénal, ce texte ne précise pas que la présomption de légitime défense qu'il institue est susceptible d'être renversée par la preuve contraire d'une absence de danger pour les personnes. Pareilles dispositions sont dangereuses et contribuent au climat actuel d'insécurité. Elles ne peuvent être admises. En ce qui concerne, enfin, l'usage de la force, de la violence, voire des armes par les agents de l'autorité, les limites de l'article 72 sont imprécises et insuffisantes, tant en ce qui concerne les conditions que les critères de pareil recours. Le "motif légitime" ou "la mesure strictement nécessaire" devraient être concrétisés par la précision des cas visés (par exemple, la défense des personnes). Il importe aussi de préciser l'absence d'autres moyens, la nécessité d'une sommation et l'exigence de proportionnalité (40).

---

(40) En annexe à l'article 72 figure un texte sur l'usage de la force et des armes par les agents de la force publique et les membres des forces armées dont les dispositions ont été reprises dans le projet Sécurité du ministre de la justice (Titre IV, art.49 à 53). C'est dans ce contexte qu'il convient, dès lors, d'analyser les dispositions proposées qui aboutissent à étendre les cas d'utilisation légitime des armes.

b. La tentative

Si, en principe, le champ d'application de la tentative punissable reste inchangé (art.76), l'avant-projet suggère une extension de celle-ci dans trois directions : d'une part, aux faits "qui relèvent de manière certaine l'intention de commettre" (le crime ou le délit) (art.75); d'autre part, à l'infraction impossible "si l'acte a été commis dans des conditions qui révèlent la dangerosité de l'auteur" (art.78); enfin, à "l'entreprise, l'instigation et l'offre fermes et précises, de faire commettre le crime ou le délit" même non suivies d'effets (art.79). En ce qui concerne la peine, la tentative est punie de la même peine que l'infraction réalisée (art.77).
Comme la commission de révision du code pénal, l'avant-projet s'écarte, en cette matière, de la conception classique du code pénal de 1867, axée sur l'exigence de l'acte, et adopte une position marquée par les idées positivistes : il s'agit moins de réprimer le trouble social causé par l'infraction que d'atteindre l'état de danger manifesté par l'auteur (41). Il est regrettable que cette notion de dangerosité, qui sert d'hypothèse de base, ne soit pas soumise à un examen critique (42). En outre, l'abandon de l'exigence de l'acte au profit du critère flou de la dangerosité porte certainement atteinte au principe de la légalité. Il serait intéressant que le commissaire royal précise les lacunes actuelles de la répression de la tentative qui lui suggèrent les réaménagements proposés.

c. Le concours d'infraction

La question qui se pose ici est celle du choix entre un système de cumul de peines ou un système de peine unique. Conformément à l'article 192 du code pénal français et à l'article 68 § 2 du code pénal suisse, la commission pour la révision du code pénal s'était prononcée pour le système de la peine unique aussi bien en cas de concours matériel qu'en cas de concours idéal, solution que rejette le commissaire royal sans en donner les raisons.

---

(41) A. PRINS, Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899, n°237-242, pp. 145-148.

(42) Voy. Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, sous la direction de Chr. Debuyst, Genève, 1981.

En ce qui concerne la définition du délit collectif, qui est proposée à l'article 83, il y aurait lieu d'éviter, par une interprétation large et sans doute abusive de cette notion, que certaines infractions deviennent en fait imprescriptibles.

4. L'auteur de l'infraction

a. L'imputabilité

L'article 46 pourrait être une disposition importante dans la mesure ou elle entend, sinon définir, du moins déterminer le sens de trois notions centrales en droit pénal : l'imputabilité, la responsabilité, la culpabilité. L'objectif ne nous semble guère atteint dans la mesure où les énonciations manquent de précision; les termes employés sont vagues et ambigus et ils ne se réfèrent à aucune acception généralement admise de ces notions : qu'est-ce que le lien causal entre l'agent et l'infraction? qu'est-ce que la recherche juridique de la personne qui doit répondre de l'infraction? qu'est-ce que la capacité mentale? Ce texte est dès lors susceptible de fonder diverses interprétations. La lecture conjointe de l'article 46 et de l'article 48 de l'avant-projet pourrait signifier l'adhésion du commissaire royal à une conception objectiviste de l'imputabilité et de la responsabilité, ces notions paraissant se dégager de toute connotation éthique et être réduites à l'existence du seul lien matériel. Mais pareille interprétation est contredite par d'autres dispositions du projet, ainsi que par l'exposé des motifs qui reconnaît la dimension morale qui s'attache au droit pénal.

Les articles 49 et 50 octroient au juge la faculté, à défaut d'imputabilité matérielle et légale, d'imputer le fait délictueux à toute autre personne. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire reconnu au juge qui, comme tel, peut difficilement être admis. Un effet de pareille position serait, par exemple, l'abandon pur et simple de textes sur la participation criminelle. L'article 54 qui vise un cas d'espèce ne peut trouver sa place ici, mais bien dans la législation relative à la police de la circulation routière.

b. La participation

La détermination pénale de la participation criminelle affecte directement le champ des libertés individuelles (43). A cet égard, les propositions de l'avant-projet sont très rigoureuses. En ce qui concerne les modes légaux de la participation punissable, l'article 56 abandonne l'énumération descriptive et limitative des actes de participation qui figure aux articles 66 et 67 du code pénal actuel, au profit d'une conception générale de la participation fondée sur les notions de coopération, d'aide et de provocation, soumises à l'appréciation du juge du fond. Le texte étend, en outre, la participation punissable dans deux directions. D'une part, aux cas de provocation indirecte; d'autre part, aux cas de participation par omission (44). En ce qui concerne les conditions de la participation, l'article 58 inclut l'assistance postérieure à l'infraction "si elle a été préalablement concertée". Dans ce cas, ce qui est réprimé au titre de la participation, c'est non pas l'acte postérieur en lui-même - on ne peut en effet participer à quelque chose qui est déjà réalisé -, mais la promesse, l'entente, le concert formé entre différentes personnes. Il s'agit de la notion de conspiracy du droit anglo-américain - très controversée sur le plan des libertés publiques - qui est utilisée en matière de délinquance de groupe (45). Afin d'atteindre l'entité criminelle dès sa naissance, l'intention criminelle organisée est elle-même incriminée. L'enjeu du débat est l'abandon des valeurs de liberté et de sécurité que traduit, dans le droit pénal, le concept central d'acte et de conduite (46). Enfin, quelles sont les personnes punissables? L'avant-projet supprime la distinction auteur, coauteur et complice, et punit les participants comme les auteurs de l'infraction. Ce principe d'uniformité est en fait celui du code pénal de 1810, rejeté en 1867 comme étant jugé "le plus injuste et le plus impolitique qui puisse se concevoir" (47). En outre, sur le plan des carrières criminelles,

---

(43) J.J.HAUS, op.cit., (19), p.49; P.E.TROUSSE, op.cit., (12), n° 3845.

(44) Le terme "sciemment" de l'article 56 c) pose problème. Voy. cass.24 décembre 1951. Pas., 1952. I. 13 et la note de R. Hayoit de Termicourt. Il s'agit d'une jurisprudence d'exception développée au lendemain de la guerre, qui visait les dirigeants des camps de concentration.

(45) G. VERHEGGE, Naar aanleiding van het verslag van juni 1979 van de commissie voor de herziening van het strafwetboek, Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent, 1er september 1979.

(46) cf.Fr.TULKENS, L'actus reus en droit pénal anglo-américain, Bruxelles, 1976.

(47) J.G.NYPELS, Législation criminelle de la Belgique, t.1, Bruxelles, 1869, n°289, p.128.

il est évident qu'il y a une distinction à opérer entre les différents participants, certains n'étant parfois que des "bricoleurs de la délinquance".

III. La problématique de la réforme

En conclusion de cette première partie, nous voudrions formuler certaines observations sur la problématique même de la réforme. Celles-ci reprennent, partiellement tout au moins, les questions que nous nous étions déjà posées à propos de la commission pour la révision du code pénal; elles subsistent dans la mesure où la tâche du commissaire royal a été de reprendre et de poursuivre les travaux entrepris.

Les raisons de la réforme ne sont guère apparentes. Une réforme est un changement apporté dans la forme d'une institution afin de l'améliorer, d'en obtenir de meilleurs résultats. A l'origine d'une réforme, il y a un malaise ressenti, un ensemble de questions et de situations problématiques qui appellent le changement. Quels sont les problèmes essentiels de la justice pénale retenus et pris en compte par le projet de réforme? Ni le rapport sur les principales orientations de la réforme de 1979, ni l'avant-projet de code pénal de 1985 ne répondent vraiment à cette question, se fondant ainsi implicitement sur les seuls motifs invoqués par le ministre de la justice dans le Rapport au Roi précédent l'arrêt royal du 6 avril 1976. Pour situer la portée de ce que nous considérons comme une lacune, il peut être intéressant d'observer, sur base du droit comparé et de l'histoire du droit, les raisons très différentes qui peuvent susciter un projet de réforme : la crise du droit et de la loi ou l'état d'une "machinerie vieillie qui ne suit pas le rythme d'entrée dans la modernité"; l'insatisfaction sur l'état actuel de l'ensemble du système ou de certaines de ses composantes (police, prison, etc..)ressentie et exprimée par les différents acteurs sociaux; l'absence de consensus et l'anarchie des normes; le fossé entre le droit pénal et le fait social ainsi que l'incohérence de la philosophie pénale; les modifications de la situation politique ainsi que la conciliation du droit avec l'évolution du régime poli-

tique, économique et social (48). Par ailleurs, à partir du moment où les travaux de réforme estimaient pouvoir valablement s'engager sur les seules raisons avancées par le Rapport au Roi, il s'imposait de les analyser. L'évolution des conditions de vie auxquelles il est fait allusion renvoie à la question essentielle du contexte social, économique et politique dans lequel s'inscrit nécessairement la réforme du code pénal.

En l'absence de précision quant aux raisons de la réforme et au champ problématique dans lequel les travaux entrepris entendent se situer, la question des objectifs de la réforme n'a pu véritablement être abordée. Un débat semble dès lors important à introduire sur les buts recherchés par l'amélioration du code pénal et les priorités retenues en fonctions des finalités assignées au système pénal ainsi que des moyens disponibles : accroître son efficacité, son intelligibilité, sa rationalité, son humanité? Le moment de la réforme est, à cet égard, un thème important. Le commissaire royal estimait que le moment de la réforme était mal choisi en raison surtout du climat social répressif prévalant dans l'opinion publique. Mais alors pourquoi s'engager aujourd'hui dans l'entreprise de réforme? Des exemples historiques montrent que,bien souvent, la codification est souhaitée en des périodes troublées mais que les codes rédigés à ces époques d'effervescence et d'absence de consensus ne stabilisent pas la législation existante (49). En outre, une législation en période de crise risque souvent d'être une législation de détails(50).

La méthode de travail, enfin, doit être évoquée car elle détermine, en majeure partie, la qualité du travail de réforme. Nous rangerons sous ce titre trois questions qui nous paraissent prioritaires.

---

(48) L'initiative de révision du code pénal prise en Belgique n'est pas un phénomène isolé mais elle s'inscrit dans un mouvement singulièrement convergent dans de nombreux pays. Depuis 1960, certains pays ont soit adopté un nouveau code pénal (République fédérale allemande, 1975; Autriche, Portugal, 1982; Espagne, 1975), soit entamé, par des voies diverses, des travaux de réforme. Le Canada et la commission de réforme du droit; les Etats-Unis par le Model Penal Code et les projets de réforme de la loi fédérale; l'Angleterre et les Law Commissions; la Hollande et la Suisse également, la France aussi qui a déposé un premier texte en 1978 et un avant-projet définitif de code pénal en 1983. / 1985, etc

(49) C. VARGA, "Utopias of rationality in the development of the idea of codification", Revista internationale di filosofia del diritto, 1978, pp.23 sv.

(50) P. MARTENS, "Le juge et l'entreprise : pas de dérobade possible", La Revue Nouvelle, 1984, p. 243.

En 1986, la réforme d'un code doit avoir recours à certains moyens. Nous visons ici aussi bien la nécessité d'une approche pluridisciplinaire (sociologie, psychologie, criminologie, etc..) que la nécessité de recherches expérimentales et, plus largement, évaluatives. A cet effet, il importe que le Ministre de la justice assure les moyens humains et matériels d'un travail d'équipe.

Par ailleurs, la partie générale du code pénal ne peut être isolée de l'ensemble du système pénal et il convient dès lors d'élargir l'objet de la réforme, dans une double direction (51). D'une part, au droit pénal spécial. Subordonner la réforme de celui-ci à la réforme du droit pénal général nous semble une position peu défendable sur le plan scientifique et difficile à tenir pratiquement. On voit mal, en effet, comment le législateur pourrait codifier les principes généraux d'une répression dont il ne fixe pas l'objet. En outre, l'impact de figures criminelles, telles que la délinquance contre les biens ou la délinquance d'affaires, les infractions de violence, le terrorisme, etc.. (52), doit être sérieusement envisagé puisque "la menace de certains comportements nouveaux" est expressément invoquée dans le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 6 avril 1976 pour justifier l'entreprise de réforme. D'autre part, le devenir du code pénal est aussi étroitement lié au devenir du code d'instruction criminelle. L'absence de lien entre les deux réformes constitue une lacune, d'autant plus perceptible que, loin de penser la loi en dehors de la figure du juge, l'élargissement des pouvoirs de celui-ci constitue un élément important dans certaines propositions de l'avant-projet, comme, par exemple, celle de l'institution d'un tribunal d'application des peines. En outre, d'une manière plus générale, la théorie des systèmes a bien montré qu'entre la "création et l'application du droit",

---

(51) Voy. J.J.HAUS, Observations sur le projet de révision du code pénal, 1ère partie, Bruxelles, 1835, p.42 : "En effet, toutes les parties du droit pénal sont intimement liées entre elles; le législateur, en posant les principes fondamentaux du système, tels que ceux relatifs à la complicité, à la tentative, à la récidive, aux divers genres de pénalité, etc.. doit constamment porter ses regards sur les différents crimes et délits auxquels ces principes doivent être appliqués; et pour la punition des faits particuliers qu'il juge nécessaire de réprimer, les principes fondamentaux doivent lui servir de guide. L'ordre désirable dans le droit pénal ne peut être obtenu que par la formulation simultanée de toutes les parties d'un code : il faut que le législateur embrasse l'ensemble du système pour pouvoir régler et coordonner les différents éléments dont il se compose".

(52) Voy. l'analyse criminologique de certaines infractions "dominantes" dans l'état social actuel, dans : G. KELLENS, Qu'as-tu fait de ton frère ?, Bruxelles, 1986.

il pouvait exister une relation circulaire (53).

Une dernière interrogation, enfin, porte sur la fonction attribuée à un code pénal dans l'entreprise de réforme du droit pénal? Un code est une forme particulière de législation qui a vocation à contenir l'ensemble du droit et qui possède des caractères formels permettant d'atteindre une meilleure connaissance de celui-ci (54). S'il y a des avantages à la codification, il y a aussi des inconvénients inhérents à son objet même : rigidité, lenteur, permanence. Il serait dès lors utile de permettre la discussion sur l'opportunité d'un code dans le contexte socio-politique présent, ainsi que sur ses possibilités et ses limites par rapport à d'autres formes de législation. La fonction centrale attribuée au code pénal dans l'élaboration d'une politique nouvelle est peut être moins évidente qu'il n'y paraît. Depuis quelques temps déjà, on observe des phénomènes de dérivation, en ce sens que des propositions de réforme du code deviennent des lois particulières (par exemple, en matière d'usage des armes par les forces de l'ordre) et, inversement, que des projets de lois particulières sont élaborés en dehors de l'entreprise de réforme.

Tels sont les éléments d'une première analyse, immédiate, de l'avant-projet de code pénal dont l'objectif est de susciter la discussion et la critique.

Françoise TULKENS.

---

(53) Voy. P. ORIANNE, Introduction au système juridique, Bruxelles, 1982; Fr.OST et M. van de KERCHOVE, "Création et application du droit : une structure circulaire" (à paraître).

(54) Voy.J. VANDERLINDEN, Le concept du code en Europe occidentale du 13e s. au 19e s. Essai de définition, Bruxelles, 1967; J. VANDERLINDEN, "Code et codification dans la pensée de J. Bentham", Revue d'histoire du droit, 1964, pp.45 à 78.

Document de travail n° 12/2

Réforme du Code pénal.

Analyse de l'avant-projet de Code pénal de Mr. R. LEGROS, Commissaire royal à la réforme du Code pénal.

par Françoise TULKENS - 1986, 2e partie.

ERRATA 2e partie :

p. 6 1) 8e ligne, remplacer Criminal Justice Act de 1972 par Powers of Criminal Courts Act de 1973.

2) La note 12 est supprimée et remplacée par la note suivante :

ARCHBOLD, Pleading, Evidence and practice in Criminal Cases, 31e éd., London, 1976, par. 705, pp. 463-464.

A PROPOS DE LA REFORME DU CODE PENAL

ANALYSE DE L'AVANT-PROJET DE CODE PENAL DE Mr R.LEGROS COMMISSAIRE ROYAL A LA REFORME DU CODE PENAL

(2ème partie)

Le nouveau régime sanctionnateur occupe une place centrale dans les propositions de réforme, justifiant que la deuxième partie de l'analyse de l'avant-projet de Code pénal y soit entièrement consacrée. De manière générale, les innovations proposées s'articulent autour de trois axes principaux : d'une part, lutter contre la peine d'emprisonnement et tout spécialement contre la courte peine d'emprisonnement; d'autre part, permettre la diversification des interventions, que ce soit par la création de nouvelles peines ou mesures ou par l'aménagement des dispositions existant dans le droit actuel (1); enfin, créer un tribunal de l'application des peines.

Devant l'ampleur et la complexité du sujet, nous nous limiterons à examiner, dans ses grandes lignes, la nature et la portée du nouveau régime juridique des sanctions proposé dans l'avant-projet, auquel le pénaliste ne peut être étranger, la dimension plus proprement pénologique de la matière étant, quant à elle, abordée par G. Houchon dans une note de méthode.

I. Le système général des peines.

1. Le tableau des peines

(1) R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, Bruxelles, 1985, p. 153.

Le système général de la classification légale tripartite des peines est non seulement maintenu mais consacré par trois dispositions distinctes qui visent, respectivement, les peines applicables en matière criminelle (art.91), les peines applicables en matière correctionnelle (art.92) et les peines applicables en matière contraventionnelle (art.93). La méthode adoptée par le commissaire royal, qui consiste à prévoir et à formuler des propositions subsidiaires, dont certaines ruinent l'économie des propositions principales, est source de confusion et de perplexité.

a. Dans l'énumération des peines criminelles, figurent la réclusion de 5 à 20 ans, l'interdiction de certains droits, la confiscation spéciale et la tutelle pénale. La peine de mort est omise, ce qui signifie son abolition dans nos textes. Toutefois, en suggérant, à titre de proposition subsidiaire, le maintien de la réclusion perpétuelle (ou de 30 ans), "justifiée par l'ambiance répressive qu'à créé le sentiment d'insécurité généralisée" (2), ne s'agit-il pas de céder à l'illusion de la peine de remplacement, risquant de conduire sur la voie - sans issue - de la peine incompressible ? Outre le fait que sa gestion sur le plan pénitentiaire est impossible, voire dangereuse, la réclusion perpétuelle, dont la valeur préventive n'est pas démontrée, ne contribue pas à la réinsertion sociale; elle vise la neutralisation dont la réalisation, sur le plan pénologique, est très discutée. Sa seule efficacité se situe, dès lors, à un niveau symbolique : exprimer la réprobation sociale. Prévoir, comme le suggère l'exposé des motifs, d'en limiter l'application aux seuls cas dans lesquels la peine de mort est actuellement prévue (ce qui accentue l'idée de la peine de remplacement), ne constitue certainement pas une garantie suffisante. D'autre part, une disposition répressive est toujours susceptible de s'étendre au-delà des motifs et des raisons qui l'ont inspirée; d'autre part, l'appréciation des cas justifiant la peine de mort est essentiellement relative, en manière telle que la mise en oeuvre de pareille limitation dépend, en définitive, des décisions qui sont ou seront prises au niveau des infractions. Or, malheureusement, la réforme du droit pénal spécial n'est pas entreprise parallèlement à celle du droit pénal général.

(2) Exposé des motifs, ibid., p. 152.

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

Dans l'argumentation relative à la réclusion perpétuelle, telle qu'elle est développée dans l'exposé des motifs, se trouve sous-jacent un principe qui sera repris dans le débat sur les courtes peines d'emprisonnement : celui de la bifurcation. Le système pénal pourrait jeter du lest pour ce qui est mineur, réservant les sanctions sévères et les lourdes peines pour les cas graves. Si ce principe paraît, à première vue, simple et évident, son application est singulièrement problématique car la difficulté est, précisément, de tracer la frontière et de dresser, dans un code, une classification des infractions fondée sur le critère de la gravité. Raison supplémentaire - et impérieuse - pour engager l'examen du droit pénal spécial car il ne suffit pas, en cette matière, d'évoquer l'émotion collective soulevée par les formes de la délinquance les plus directement heurtantes (3).

Enfin, nous avons déjà noté, dans la première partie, qu'en rangeant sous l'appellation unique de réclusion toutes les formes de peines privatives de liberté en matière criminelle (l'emprisonnement étant la qualification retenue en matière correctionnelle), l'avant-projet de Code pénal supprime, en fait, la peine de détention, réservée en propre aux infractions politiques et qui, en l'absence de définition légale, constitue le critère du délit politique pur (4). Le maintien de la catégorie des infractions politiques dans notre législation dépendra, dès lors, des dispositions formulées dans le droit pénal spécial.

b. En ce qui concerne les peines applicables en matière correctionnelle, la modification majeure est, en principe, la suppression des peines d'emprisonnement inférieures à six mois. Toutefois, les propositions subsidiaires annulent, progressivement, cette suggestion puisqu'elles prévoient que l'emprisonnement correctionnel peut être fixé de 3 mois à 5 ans, ou de 1 mois à 5 ans, voire même de 8 jours à 5 ans, ce qui est le maintien de la situation actuelle. Nous nous trouvons donc devant deux modèles, assez sensiblement différents, qu'il importe d'examiner.

---

(3) "Je pense, quant à moi, que les gens exigent de lourdes peines à l'égard des violents, sadiques, voleurs s'attaquant aux faibles, agissant la nuit en bandes, récidivistes dangereux...", ibid., p. 152.

(4) LES NOVELLES, Droit pénal, t.II, Les infractions, Bruxelles, 1967, n° 25; R.P.D.B., v° Délit politique, compl.t.IV, 1972, n° 52.

Dans l'état actuel des choses, la suppression des peines d'emprisonnement inférieures à six mois est susceptible, en outre, d'entraîner des effets pervers. D'une part, un renforcement de la répression dans la mesure où les tribunaux pourraient se voir contraints de prononcer des peines supérieures à six mois, à défaut de pouvoir appliquer une peine moins sévère. La peine de six mois deviendra en quelque sorte la peine de départ. D'autre part, l'abandon d'une garantie en matière de détention préventive car, pour éviter les peines de couverture (le tribunal prononçant une peine qui dépasse six mois pour couvrir la détention préventive), l'avant-projet supprime la référence à une peine d'emprisonnement de trois mois au moins autorisant le juge d'instruction à délivrer mandat d'arrêt. "Mieux, on devrait supprimer, dans cette loi, toute référence à une peine quelconque pour indiquer que la mise en détention préventive ne doit pas, en règle, dépendre de la gravité des faits, mais seulement des exigences de la protection de la société contre les individus dangereux, ainsi que des nécessités de l'instruction"(8). Constatant le caractère flou et imprécis, sans contenu objectivement déterminable, tant du critère de la dangerosité de l'auteur que de celui des nécessités de l'instruction, nous pensons, au contraire, que le moyen le plus sûr de limiter la détention préventive, dont le nombre s'accroît effectivement de manière inquiétante, est d'élever le seuil de la peine de référence et de n'autoriser celle-ci que pour des infractions susceptibles d'une peine d'emprisonnement de trois, voire de quatre ans comme c'est le cas aux Pays-Bas(9). Soutenir "que la décision d'arrestation préventive n'est pas un premier jugement, mais une mesure de sécurité ou de nécessité" (10) correspond à une vision idéaliste des choses qui ne rend pas compte du processus et du mode concret de fonctionnement du système de justice pénale, à travers notamment les mécanismes de renvoi (11).

---

(8) Ibid., p. 157

(9) Voy. en ce sens la proposition de loi du 31 octobre 1985 modifiant la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive.(Doc. Parl. Ch. 1985-1986, 7, n° 1).

(10) Ibid., p. 158

(11) Cf. Fr. TULKENS, "Les limites du secret de l'instruction", Journal des Procès", 1985, n° 68. pp.16-19.

Dans le deuxième modèle, qui maintient la peine d'emprisonnement inférieure à six mois, celle-ci pourrait être assortie du régime d'application prévu, dans la première hypothèse, pour les peines d'un an, notamment l'inexécution de la peine ou l'exécution sous le contrôle du tribunal de l'application des peines avec, en outre, l'obligation pour le juge de motiver spécialement son choix d'une peine privative de liberté pour un fait d'une gravité nécessairement relative. A cet égard, le système anglais du Criminal Justice Act de 1972, applicable aux jeunes adultes délinquants primaires(qui ne peuvent être condamnés à l'emprisonnement, sauf si nulle autre méthode n'existe ou n'est appropriée) semble plus adéquat pour éviter le risque des clauses de style : le juge ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans indiquer pourquoi, en l'espèce, il y a recours,plutôt qu'à d'autre types d'intervention(12).

En ce qui concerne le maximum de la peine correctionnelle, l'avant-projet le maintient à cinq ans, sans retenir, fort heureusement, la proposition de la commission pour la révision du Code pénal, de généraliser la possibilité pour le tribunal correctionnel de prononcer des peines pouvant atteindre dix ans et même vingt ans en cas de concours matériel et/ou de récidive (13). Cette proposition revenait, en quelque sorte, à supprimer les maxima des peines, en fonction du seul critère de la gravité laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond.

c. L'objectif de la lutte contre les courtes peines d'emprisonnement prend, au niveau des peines applicables en matière contraventionnelle, deux formes qui nous paraissent, à première vue, très souhaitables : d'une part, la suppression des peines d'emprisonnement de police, celles-ci étant remplacées par des amendes; d'autre part, la suppression de l'emprisonnement subsidiaire, ce dernier pouvant être remplacé soit par un fractionnement très large du paiement de l'amende, soit par une confiscation subsidiaire, soit encore par un travail au profit de la collectivité. La proposition de limiter l'emprisonnement subsidiaire aux cas de récidive, "le non-paiement d'une peine d'amende ayant indiqué

---

(12) J.B. SMITH and C. HOGAN, Criminal Law, London, 7th ed., 1980, p.147.

(13) COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, Bruxelles, 1979, p. 39.

que la sanction ne fut pas suffisante", est de nature à énerver la portée de la proposition principale (14).

Ce nouveau tableau des peines en matière criminelle, correctionnelle et contraventionnelle, doit, en principe, être complété par une mesure qui ne peut se réaliser que par la réforme du droit pénal spécial. Il s'agit de la suppression des minima des peines, déjà proposée par la commission de révision du Code pénal, entraînant, en cascade, la suppression des mécanismes de correctionnalisation et de contraventionnalisation, ainsi que le système des circonstances atténuantes devenu en quelque sorte superflu puisque le juge dispose désormais de toute latitude pour "individualiser" la sanction. L'effet de ces propositions, joint au maintien de la classification légale tripartite des peines, est, paradoxalement, de renforcer la répression car, quelle que soit la qualification juridique du fait, une peine pourra toujours être prononcée, aussi minime soit-elle.

L'article 94 de l'avant-projet surprend et suscite des questions. "D'autres peines que celles ci-dessus énoncées sont, dans certains cas, prévues par les lois particulières". Le code lui-même favoriserait l'autonomie du particulier alors qu'il rentre précisément dans les fonctions d'un code d'unifier le droit et de fonder le régime des peines de l'avenir.

2. La détermination de la peine

Nous rassemblons, sous ce titre, trois questions qui sont abordées à des endroits différents dans l'avant-projet, mais qui sont reliées entre elles par le fait qu'elles contribuent, d'une manière ou d'une autre, à la fixation de la peine.

a. Le choix de la peine. L'article 145 de l'avant-projet est sans doute la disposition la plus importante en ce qu'elle contient, d'une part, les intentions en matière de pénalité et, d'autre part, les indications relatives aux moyens pour les réaliser.

---

(14) Exposé des motifs, op.cit. (1) p. 155.

D'une manière générale, au niveau des intentions, cette disposition traduit les positions traditionnelles, à la fois rétributives ("le juge choisit la peine en fonction de la gravité objective du fait et de la faute subjective de l'auteur") et utilitaires ("....en prenant spécialement en considération l'efficacité de son choix pour la défense de la société et des valeurs qu'elle entend reconnaître..."). Aux fonctions classiques de la peine utilitaire (l'intimidation, la neutralisation, l'amendement), s'ajoute celle de la réinsertion sociale. Cette dernière notion présente l'avantage d'une plus grande neutralité sur le plan moral; en outre, la charge de la réinsertion ne pèse pas exclusivement sur le condamné mais doit être partagée par l'ensemble de l'appareil de justice pénale et tous les organes d'exécution de la sanction.

Quels vont être les moyens de cette politique? Ils se concentrent sur l'enquête aux fins d'assurer l'individualisation des peines et des mesures : "A cet effet, le ministère public, le juge d'instruction et la juridiction de jugement peuvent faire procéder par les services de l'administration à une enquête médico-sociale sur le comportement de l'agent, sa personnalité, son milieu et ses possibilités de reclassement" (art.145, al.2). L'enquête sera toujours ordonnée lorsque l'auteur a commis un fait qualifié crime ou lorsqu'il est en état de récidive; elle pourra être ordonnée si elle paraît utile en vue de l'application de mesures de suspension, de sursis et de probation ou de services au profit de la collectivité (art.145, al.5). Il faut noter que l'avant projet n'utilise pas - et certains se demandent pourquoi - le terme d'expertise (15). Par ailleurs, l'enquête qui peut être sollicitée dès le stade de la poursuite est susceptible de créer un certain malaise si la défense ne dispose pas, elle aussi, du droit de la solliciter et si l'enquête n'est pas contradictoire. Enfin, les services de l'administration (lesquels?) bénéficient-ils, réellement, des moyens pour répondre aux conditions mêmes d'un examen de personnalité?

b. La détermination des peines et la connaissance de la sanction. A partir du moment où un Code pénal entre dans la voie des déclarations d'intention en matière de pénalité (actuellement, il s'exprime en termes d'impératif catégorique), deux conséquences s'ensuivent (16).

---

(15) P. LIEVENS, Communication à la société belge de criminologie, 12 mai 1986.

(16) Voy. G. HOUCHON, Sociologie de l'administration de la justice pénale, U.C.L., Ecole de Criminologie, Notes de cours 1985-86, pp. 27 à 35.

D'une part, dans le chef du condamné, s'ouvre un droit subjectif à la réalisation de l'objectif annoncé. C'est la lecture que l'on pourrait faire de l'article 102 de l'avant-projet relatif à la mise au travail du condamné, les réserves formulées dans le texte ("dans le but, notamment, de promouvoir sa formation professionnelle et sa réinsertion sociale") indiquant très clairement que l'administration pénitentiaire n'est pas en mesure de respecter ce droit subjectif et qu'il s'agit, dès lors, seulement d'un souhait. D'autre part, le juge doit rencontrer les indications générales de sentencing qui sont données et qui sont susceptibles, éventuellement, de faire l'objet de conclusions des parties. C'est dès lors le problème de la motivation des jugements et arrêts qui doit être abordée. L'article 137 de l'avant-projet reprend les dispositions du projet de loi sur la motivation des peines modifiant l'article 195 du code d'instruction criminelle et l'article 207 du code de procédure pour l'armée de terre (17). Le juge doit indiquer les raisons du choix de telle peine ou mesure et justifier, en outre, le degré de sévérité de celle-ci; il doit aussi indiquer les raisons pour lesquelles il estime devoir user de la faculté de prononcer la tutelle pénale (art.147, 2e alinea, in fine). Mais il est regrettable que le texte de l'article 137 ajoute, sans autres commentaires, que cette motivation peut être "succinte", car c'est la porte ouverte aux inévitables clauses de style. Si la motivation peut sans doute être brève, afin de ne pas alourdir la tâche du juge, il faudrait néanmoins préciser qu'elle doit, comme en matière de qualification, être adéquate, c'est-à-dire rencontrer, de manière précise, les exigences particulières du cas d'espèce au regard de l'échelle des peines.

L'article 135 est une disposition qui relève sans doute davantage du droit de l'exécution des peines. "Lorsqu'en raison de la condamnation pénale, la loi détermine d'office certaines interdictions ou autres effets répressifs, elle n'est applicable que si le condamné en a été averti par le jugement de condamnation". Ce texte évite, partiellement tout au moins, ce que l'on pourrait appeler le droit pénal de l'ombre. Les condamnations

---

(17) Doc. Parl. Ch., 1982-83, n° 668. Ce projet est présenté et commenté par le Ministre de la justice J.Gol dans son allocution de clôture à la journée d'étude de l'ADLV sur les aspects particuliers de la réforme du droit pénal, Annales de droit, 1983, pp. 154.

entraînent bien souvent des effets collatéraux (déchéances,exclusions, interdictions, renvois, retraits, expulsions, etc..) dont il importe que le juge se rende très précisément compte afin d'évaluer l'ensemble du programme qu'il impose au condamné. La commission de révision du Code pénal allait plus loin, en suggérant que les déchéances et interdictions soient toujours prononcées par le juge, sans pouvoir jamais résulter de plein droit de la condamnation (18).

c. La récidive et les excuses. Les dispositions sur la récidive (articles 146 à 149) prévoient l'application de la peine nouvelle de la tutelle pénale, applicable tant en matière criminelle que correctionnelle, que nous examinons dans le point relatif à la diversification des sanctions. Le condamné peut être placé sous tutelle pénale, pendant cinq ans au plus à l'expiration de sa peine, dans trois hypothèses : récidive de crime "du même type de délinquance", sur crime ou sur délit (ce dernier s'il est puni d'un emprisonnement d'un an au moins), et récidive de délits comportant la commissions de trois infractions dans un délai de cinq ans, entraînant chacune un emprisonnement de six mois au plus, et manifestant une tendance persistante "au même type de délinquance". Le critère nouveau de la délinquance du même type est problématique par son caractère vague et ne correspond pas, comme le suggère l'exposé des motifs, à une réalité criminologique déterminée (19). En revanche, la tutelle pénale ne s'appliquera pas en cas de récidive du chef d'infraction politique; mais nous avons vu que le maintien de la catégorie infractions politiques est aléatoire. Enfin, l'avant-projet envisage la récidive internationale, c'est-à-dire qu'elle permet de prendre en considération, pour l'établissement de la récidive, des condamnations prononcées par les juridictions étrangères. Cette possibilité peut être source d'arbitraire car comment s'assurer de l'authenticité de la décision étrangère? Comment aussi, plus fondamentalement, s'assurer que celle-ci a été prise dans le respect des droits de l'homme et des droits de la défense?

---

(18) Rapport sur les principales orientations de la réforme, op.cit.(13), p. 66.

(19) Exposé des motifs, op.cit. (1), p. 165.

Alors que l'avant-projet de Code pénal français de 1983 abandonne entièrement le régime des excuses, l'avant-projet belge renonce aux excuses atténuantes mais maintient les excuses absolutoires, celles qui, tout en laissant subsister l'infraction, suppriment la peine (art.150). Le caractère légal des excuses est rappelé mais complété par une disposition qui, en matière de délit et de contravention, permet, en outre, l'excuse judiciaire : celle que le juge aura constatée, en motivant spécialement sa décision à cet effet, d'une part,par le repentir actif du prévenu, résultant notamment de sa volonté de réparer le préjudice et, d'autre part, par l'effacement du trouble causé par l'infraction (art. 151.). S'agit-il d'une forme de circonstance atténuante limitée aux conditions que cet article énonce? Quelle différence existe-t-il entre l'excuse judiciaire absolutoire et la déclaration de culpabilité sans peine? Par ailleurs, si le repentir actif ne peut certainement pas être considéré comme étant une "application de la terminologie criminologique" (20), en revanche, on l'observe dans le droit pénal de certains pays, sous l'appellation de droit prémial, notamment en Italie pour le terrorisme et la délinquance organisée. Enfin, il est certainement souhaitable de prévoir, dans un Code pénal, ce que Bentham appelait déjà très justement les remèdes satisfactoires qui, pour le passé, consistent à réparer le dommage et, pour le futur, à faire cesser le mal du délit (21); mais il semble beaucoup plus discutable de faire dépendre de cette "satisfaction" le prononcé d'une autre peine ou mesure. La réparation ne peut-elle constituer, en elle-même, la peine? Des auteurs ont bien montré qu'il pouvait y avoir différents modèles de contrôle social : pénal mais aussi éducatif, thérapeutique, compensatoire, conciliateur, etc.. (22).

---

(20) Ibid., p. 165.

(21) Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais, Bruxelles, L.Hauman et Cie, 1829, vo.1, Traités de législation civile et pénale, extraits des manuscrits de J.Bentham par E. Dumont, Principes du Code pénal, p. 148.

(22) L. HULSMAN, "Une perspective abolitioniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques", in Dangerosité et justice pénale. Ambiguité d'une pratique, sous la direction de C. Debuyst, Genève, 1981, pp. 14.

3. L'effacement des condamnations et la réhabilitation

Alors que beaucoup d'efforts sont consentis en faveur de la diversification des sanctions, cette matière fait l'objet de peu d'initiatives nouvelles, l'avant-projet s'en tenant pratiquement au régime actuel tel qu'il est organisé par la loi du 12 juillet 1984 modifiant l'article 621 du code d'instruction criminelle qui prévoit, notamment, la possibilité de réhabilitations multiples.

Une matière urgente à organiser, dans ce domaine, est celle de la réglementation de l'établissement du casier judiciaire et de la délivrance des extraits de celui-ci au particulier. Dans le contexte de la diversification des sanctions, on devrait envisager que le juge puisse exclure l'inscription au casier judiciaire de certaines condamnations, en fonction de la peine qu'il prononce.

II. La diversification des sanctions.

Notons d'emblée que nous ne discuterons pas ici de la question de la qualification juridique des nouveaux modes d'intervention proposés dans l'avant-projet de réforme du code pénal; nous utilisons le terme "sanction" dans un sens tout à fait général, recouvrant aussi bien les peines que les mesures, les sanctions de nature pénale et celles qui ne revêtent pas ce caractère.

La diversification des sanctions est une problématique essentiellement complexe. D'un côté, comme l'observe G. Kellens, la crise pénitentiaire suscite une nouvelle rhétorique des substituts à l'emprisonnement (23); à cet égard, il est significatif de constater que l'objectif de la diversification figure dans presque toutes les entreprises actuelles de réforme du Code pénal. Cependant, un risque inhérent à la diversification des sanctions est celui de l'amplification de la sphère du pénal. Pourquoi?

---

(23) G. KELLENS, La mesure de la peine, Liège, 1982, p. 104.

Parce que l'étalon de la peine, la peine type, restant, tant dans les textes que dans les mentalités, la peine d'emprisonnement, les sanctions diversifiées, loin de se substituer à l'emprisonnement, s'ajoutent à celui-ci dans l'échelle des peines. Il en résulte que les peines diversifiées sont, le plus souvent, appliquées dans des situations qui, autrement, n'auraient pas fait l'objet d'interventions. Par ailleurs, confrontés à des situations spécifiques, singulières, les juges revendiquent, à juste titre, un élargissement de leurs possibilités d'intervention; mais, en même temps, la pratique des peines de remplacement ou du substitution, dans d'autres pays, montre très clairement que celles-ci impliquent une autre façon de juger. "Pourquoi les tribunaux français appliquent-ils si peu les peines de substitution" est le titre du rapport réalisé à la demande du Ministère français de la Justice en 1982. Outre les difficultés liées au changement d'habitude, il y a des raisons que les magistrats qualifient de plus philosophiques : lorsqu'un délit a été commis, il faut une sanction, une peine qui soit ressentie comme telle par le délinquant (24). A ces raisons pourrait s'en ajouter, nous semble-t-il, une autre liée à la formation du magistrat. Des mesures diversifiées posent le problème du choix de celles-ci; choix qui ne peut évidemment pas dépendre des seuls critères juridiques indiqués dans les textes ni même de l'établissement d'une jurisprudence. Des sanctions diversifiées impliquent, nécessairement, l'évaluation par le juge tant du contexte social qu'individuel. Enfin, la diversification n'est ni la meilleure ni la seule réponse à la recherche d'alternatives.

L'objectif de la diversification se réalise, dans l'avant-projet, de différentes manières, soit "par la création de nouvelles peines ou mesures ou l'extension", soit par l'aménagement d'autres peines déjà appliquées dans notre droit actuel "(25).

1. L'avant-projet abandonne la hiérarchie des peines principales et des peines accessoires, octroyant au juge la faculté de prononcer, à titre principal, des peines qui, dans l'état actuel du code, constituent des peines accessoires : l'amende, la confiscation spéciale, l'interdiction

---

(24) J. BERNAT de CELIS, "Pourquoi les tribunaux français appliquent-ils si peu les peines dites de substitution?", Archives de politique criminelle, 1984, pp. 199-239.

(25) Exposé des motifs, op.cit. (1), p. 153.

de certains droits, l'interdiction professionnelle (art.109 à 131). Ces peines pourront donc être prononcées seules,"après déclaration de culpabilité" comme l'indiquent la plupart des articles les concernant. Cette formulation est ambiguë dans la mesure où elle laisse dans l'incertain le point de savoir si c'est la nouvelle sanction de déclaration de culpabilité sans peine qui est visée ou simplement le fait que la prévention est établie.

Le régime de ces peines nouvelles est largement développé et, pour certaines d'entre elles, parfois modifié. Ainsi, l'article 114 prévoit-il le système de l'amende cantonnée : un an après la condamnation définitive, l'amende peut être remboursée par décision du tribunal d'application des peines "si le condamné a fait preuve d'une volonté active de réinsertion sociale". L'imprécision relative de ce critère risque de rendre la preuve difficile et de favoriser, en fait, ceux qui disposent des moyens et des conditions pour réaliser cette réinsertion. En ce qui concerne l'interdiction professionnelle, les textes qui l'instituent se fondent sur des critères très larges, conférant au juge un pouvoir d'appréciation tel qu'il exigerait une motivation rigoureuse. Par ailleurs, ces dispositions s'appliquent-elles également aux personnes soumises à l'action disciplinaire?

2. En ce qui concerne la tutelle pénale (art.132 à 134), l'avant-projet renonce, conformément à la jurisprudence de la Cour de Cassation, à la qualification de mesure au profit de celle de peine. La tutelle pénale est une peine prononcée à l'égard des récidivistes et des délinquants d'habitude dont le montant est fixé par le jugement ou l'arrêt de condamnation et dont les modalités sont déterminées par le tribunal de l'application des peines. Il s'agit, sous une autre appellation, de la mise à la disposition du gouvernement organisée actuellement par le chapitre VII de la loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude qui est, dès lors, abrogé. Le droit pénal français connaissait jusqu'à la loi du 17 juillet 1970 la relégation, qui fut remplacée par la tutelle pénale, laquelle fut elle-même abrogée par la loi dite sécurité et liberté du 2 février 1981 (art. 69 et 70); en Angleterre, la Preventive detention du Criminal Act de 1908 qui instituait une mesure de sûreté analogue - une peine privative

de liberté qui s'ajoute à la première peine - a, elle aussi, été abandonnée. Il semble dès lors indispensable que le commissaire royal indique les raisons du maintien de cette peine dans son avant-projet, alors qu'il nous semble que le régime actuel de la récidive suffit à rencontrer, sur le plan juridique, la question de la délinquance persistante.

3. Les amendes administratives et la transaction pénale sont désormais qualifiées de "peines par procédure simplifiée", auxquelles s'ajoute l'ordonnance pénale qui poursuit, par une voie différente, un but immédiat identique : désencombrer les tribunaux et accélérer le cours de la justice. En ce qui concerne la transaction (26), le commissaire royal approuve et reprend textuellement la loi du 28 juin 1984 étendant, pour certaines infractions, le champ d'application de l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent, sans tenir compte des importantes réserves qui avaient été formulées à ce moment (27). Si la transaction constitue désormais une peine, que subsiste-t-il du principe "pas de peine sans juge"? Pareille peine implique-t-elle l'autorité de la chose jugée? Pourrait-elle faire l'objet, à défaut de condamnation et de jugement, de la réhabilitation et de l'effacement? Et figurer comme telle au casier judiciaire? Par ailleurs, l'extension de la transaction est susceptible de provoquer, paradoxablement, une extension de la répression par un recours accru aux peines criminelles dans le but de soustraire certaines infractions, considérées comme graves, au champ d'application de la transaction ainsi élargie. Derrière le règlement de la transaction, se retrouve, historiquement d'ailleurs, la problématique de la gravité.

L'ordonnance pénale, qui s'applique seulement au niveau du tribunal de police, est une peine prononcée par le juge qui statue sur pièces, sans débat préalable. Les droits à garantir, en l'espèce, sont ceux de la per-

---

(26) Sur la matière de la transaction, voy.H.D.BOSLY, Les transactions en matière pénale, U.C.L., Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail n° 2, 1985.

(27) H.D. BOSLY, "Un projet de loi étendant considérablement le champ d'application de la transaction en matière pénale", J.T., 1983, pp. 725-727; voy. aussi X., Correspondance : la transaction en matière pénale, J.T., 1984, p. 83.

sonne lésée - il faudrait exclure l'ordonnance pénale lorsqu'il y a une victime non encore indemnisée - et les droits de la défense, notamment en ce qui concerne l'exercice du droit d'opposition reconnu au prévenu.

4. L'avant-projet introduit, ensuite, un ensemble de mesures nouvelles destinées à limiter l'usage de la peine.

La non-exécution de la peine en vue du reclassement permet, lorsque la peine d'emprisonnement ne dépasse pas un an sans sursis, que son exécution soit suspendue et qu'au terme de ce délai d'épreuve, qui correspond à la durée de la peine prononcée, celle-ci soit considérée comme accomplie si le condamné "donne toutes les garanties concernant son reclassement" (art.152). Il s'agit d'une autre manière de lutter contre les courtes peines d'emprisonnement. L'indication de l'absence de sursis comme condition de l'application de la mesure, jointe à la disposition de l'article 154, provoque l'effet singulier que le condamné avec un sursis partiel se trouve dans une situation plus défavorable. D'un autre côté, pour permettre d'en apporter la preuve et éviter toute discrimination dans l'application de cette mesure, les garanties de reclassement devraient être précisées.

L'injonction est la transposition, au niveau du juge, de pratiques qui se sont largement développées au niveau de la police et du parquet ainsi que l'officialisation d'un système de remises pratiqué dans certains tribunaux, notamment en matière d'abandon de famille, afin de provoquer l'accomplissement de l'obligation omise. Lorsque l'infraction ou l'effet de celle-ci perdure, le juge enjoint au prévenu d'y mettre fin; la cause est remise et lorsqu'elle revient à l'audience, le juge prononce la peine en fonction de l'obéissance à l'injonction (art. 156). Cette mesure nouvelle joue sur le double registre de la menace et de la récompense. D'aucuns estiment qu'elle est particulièrement favorable dans les matières de droit pénal économique et social.

La déclaration de culpabilité, assortie ou non d'avertissement, est une mesure nouvelle que l'on connaît notamment en droit anglais et qui, dans les cas déterminés par la loi, peut remplacer la peine légalement prévue lorsque

le juge estime qu'une sanction sévère serait inadéquate (art. 157 et 158). En dissociant radicamement la décision sur la culpabilité et le prononcé de la peine, l'efficacité recherchée se situe à un niveau symbolique, accentuant l'idée "que les lois pénales ne sont pas nécessairement faites pour être appliquées" : elle consiste dans la réaffirmation solennelle, par la justice, de la valeur de la norme violée (28). A titre subsidiaire, cette mesure sert également les intérêts civils (art.160). Par l'effet de pareille disposition, le risque existe qu'en cas de doute sur la prévention, le juge soit amené à trancher plus facilement en faveur de la culpabilité qu'en faveur de l'acquittement, en l'absence de toute conséquence "réelle". C'est un exemple de l'amplification du pénal.

5. Sous le même intitulé des limites de la peine, l'avant-projet introduit, dans le code, des dispositions relatives, d'une part, aux condamnations civiles (dommage-intérêt, restitution, frais, etc..) qui peuvent être prononcées par les juridictions répressives (art. 215 à 218) et, d'autre part, à la réparation exceptionnelle au profit des victimes incombant, dans certains cas, à l'Etat (art. 219 à 221). Sur ce point, le commissaire royal évoque la possiblité de reprendre la loi du 1er août 1985 portant des mesures fiscales et autres, qui prévoit une aide de l'Etat aux victimes d'actes intentionnels de violence. Nous savons cependant que les arrêtés d'application de cette loi, approuvés par le conseil des Ministres du 16 juillet 1986, ne sont pas encore publiés à ce jour, en manière telle que son exécution est toujours lettre morte. Or, comme l'observe R.O.Dalcq, à propos de la loi du 1er juillet 1956 sur l'assurance automobile obligatoire prévoyant la prise en charge par le Fonds de Garantie des dommages corporels imputables à la faute d'un conducteur inconnu, "le besoin de sécurité a paru ici suffisamment dominant pour que l'on trouve des formules originales pour satisfaire ces exigences" (29).

---

(28) M. van de KERCHOVE, "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées?", J.T., 1986, pp. 329-334; voy. aussi M. van de KERCHOVE, "Symbolique et instrumentalité. Stratégie de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste", in Punir mon beau souci. Pour une raison pénale, sous la direction de F. Ringelheim, Bruxelles, 1984, pp.160 et sv.

(29) R.O. DALCQ, "L'Etat doit-il prendre en charge l'indemnisation des victimes d'infraction dont l'auteur est inconnu ou insolvable?", Rev.dr.int. dr.comp., 1978, pp.40 sv; voy.aussi R.O. DALCQ, "L'indemnisation publique : état de la question en Belgique", Annales de la Fac.dr.Liège, 1984, pp.161 sv.

6. Enfin, l'avant-projet de Code pénal donne au juge la possibilité de substituer aux peines des mesures de remplacement.

Il s'agit, tout d'abord, du renvoi à l'autorité disciplinaire ou de direction; la décision de celle-ci est communiquée au ministère public et met fin aux poursuites (art. 224). Il existe, en l'espèce, un risque de sous-pénalisation car cette mesure peut soustraire des faits graves à la connaissance des juridictions et aboutir à une certaine forme d'impunité par "esprit de corps". On l'observe déjà dans l'application de l'article 24 du code de procédure pénale militaire (30). Inversément, un certain risque de sur-pénalisation n'est pas davantage à exclure dans ce qui constitue une forme de "justice des camarades".

Le service au profit de la collectivité est organisé par les articles 225 à 231 (31). Pour éviter de tomber dans le piège d'une certaine mode pénale, il est indispensable d'en analyser la signification sur le plan juridique et d'évaluer sérieusement l'effet de pareille mesure, déjà utilisée, de manière prétorienne, notamment dans le domaine de la justice des mineurs (32). Dans de nombreux cas, cette mesure est prononcée dans des cas où aucune autre mesure n'aurait été prise. En outre, son application requiert un potentiel de moyens dont il n'est pas certain que l'administration disposera.

7. Nous ne développerons pas ici, sous le titre de la diversification des sanctions, les mesures de sûreté et de protection que l'avant-projet maintient, formellement tout au moins, à l'égard des malades mentaux et des jeunes délinquants, estimant, en ce qui concerne la mendicité et le vagabondage, qu'il convient de dépénaliser ces comportements qui relèvent de l'aide

---

(30) Voy. J. VERHAEGEN, "De la connaissance des infractions commises par les militaires", J.T., 1973, pp. 721 sv.

(31) Voy. P. DE CANT, "Le travail au profit de la communauté : une peine de substitution", Rev.dr.pen.crim., 1982, pp.3-31; G. HOUCHON, "Les prestations communautaires. A la recherche du temps perdu", Déviance et Société, 1984, pp. 199-206; G. HOUCHON, Le service au profit de la collectivité comme mesure (pénale) de remplacement. Analyse pénologique. U.C.L., Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail n° 8, 1986.

(32) Voy. M. van de KERCHOVE, "Signification juridique de la sanction en matière de délinquance juvénile", in C. DE TROY, Fr.TULKENS et M.van de KERCHOVE (eds), Délinquance des jeunes. Politiques et intervention, Bruxelles, Story-Scientia, 1986 (à paraître); Alternatieve sancties : een praktijk-kijk. Verslag van een studiedag te Leuven op 21.11.1985, Leuven, 1985.

sociale (33). La loi de défense sociale reste inchangée, sous la seule réserve de confier au tribunal de l'application des peines les missions actuellement dévolues à la commission de défense sociale. Quant à la protection de la jeunesse, le commissaire royal propose de reprendre l'avant-projet du Ministre de la justice du 23 juillet 1982 qui a déjà fait l'objet de nombreux commentaires (34).

III. Le tribunal de l'application des peines

Le tribunal de l'application des peines est, certainement, une innovation importante mais dont l'avenir est hypothéqué dès le départ, dans la mesure où le Ministre de la justice, dans sa préface à l'avant-projet de Code pénal qui précisément l'institue, laisse entendre que sa création se heurtera à des obstacles d'ordre budgétaire (35). Sous cette réserve,importante car de nombreuses dispositions de l'avant-projet se réfèrent directement au tribunal de l'application des peines, notamment en matière de libération conditionnelle, de suspension, de sursis et de probation, etc.. nous nous bornerons à soulever deux questions (36).

---

(33) Il est paradoxal mais significatif de constater que l'on parle aujourd'hui de "dépénaliser" ces matières qui, au fond, l'avaient déjà été par la loi du 27 novembre 1891 sur la répression du vagabondage et de la mendicité instituant un internement de sûreté. Voy. J. MESSINE, "Vagabondage et pauvreté", in Droit des pauvres, pauvre droit, Bruxelles, 1984, p. 36 sv.; de nombreuses propositions de loi ont été déposées le 10 juillet 1985 (Doc.Parl. Ch. 1984-85, n° 1310), le 26 novembre 1985 (Doc.Parl. S. 1985-86, n° 33), et le 29 novembre 1985 (Doc.parl.Ch, 1985-86, n° 15) visant à abroger purement et simplement la loi du 27 novembre 1891.

(34) L. WALGRAVE, "La repénalisation de la protection de la jeunesse. Une fuite en avant", Rev.dr.pén.crim., 1985, pp. 604 sv.; Fr.TULKENS, "Bilan et orientations de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse", in C. DE TROY, Fr.TULKENS et M. van de KERCHOVE (eds.), op.cit. (32).

(35) R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, op.cit. (1), Préface, p. 7.

(36) Sur la problématique générale du tribunal de l'application des peines, participant à l'élaboration d'un droit de l'exécution des peines, voy. C. ELIAERTS et T. PETERS, "Le tribunal de l'application des peines", Annales de droit, octobre 1986.

1. Quelle est la sphère concrète de compétence couverte par cette notion nouvelle en procédure pénale de l'application de la peine?
Sur ce point, les positions du commissaire royal, qui confie au nouvel organe qu'il prévoit des tâches très nombreuses et des missions très larges, en ce compris tout le contentieux né de l'exécution de la peine, et s'étendant, par exemple, jusqu'à l'appréciation de l'opportunité d'un traitement ambulatoire, sont ce que l'on pourrait appeler maximalistes. Ne serait-il pas souhaitable de dresser un inventaire des besoins devant être satisfaits dans le domaine de l'exécution de la peine et, sur cette base, de fixer la liste précise des compétences. Cette manière de procéder présenterait, en outre, l'avantage de mieux apprécier si l'organe le plus approprié est bien un magistrat ou plutôt une équipe socio-clinique.

2. Quel type d'organe est-il susceptible d'intervenir ici? Par un projet de loi modifiant le code judiciaire et le code d'instruction criminelle, l'avant-projet de Code pénal propose la création d'un tribunal de l'application des peines, qui constitue une chambre du tribunal de première instance. Ce tribunal pourait être itinérant (art.76). Il sera toujours composé de trois juges (art.78); il siégera à huit clos et statuera sans appel.

La forme nouvelle de cette institution suscite diverses observations.

a) En ce qui concerne la saisine, il ne paraît guère possible, comme le prévoit l'avant-projet, que le tribunal de l'application des peines soit saisi par sa propre décision. En outre, il est regrettable que des associations qui défendent les droits de l'homme ne puissent, elles aussi, être demandeurs.

b) La formule choisie d'un siège composé de trois magistrats ne paraît guère heureuse. Dans le chef du détenu, elle l'oblige à comparaître à nouveau devant une instance qui ressemble singulièrement à celle qui l'a condamné. Dans le chef des magistrats, un groupe de trois juges est trop peu mobile pour réaliser les nombreux contacts nécessaires avec les praticiens de l'exécution de la peine (37). Le juge devrait être l'animateur d'une équipe multi-disciplinaire où se trouvent rassemblés tous ceux qui interviennent dans l'exécution de la sanction. A cet égard, l'adjonction au tri-

(37) Voy. G. HOUCHON, "A propos de réformes progressistes en droit pénal", Journal des Procès, 1984, n° 43, pp. 30-31.

bunal de l'application des peines d'un médecin dans les matières relevant de la défense sociale et d'un membre de l'administration pénitentiaire dans les autres cas, avec voie seulement consultative, ne suffit pas à rencontrer ce souhait.

c) L'absence de voie de recours et d'instance d'appel pose un problème sérieux et ne semble guère pouvoir être admise comme telle.

Il serait intéressant de comparer, sur cette question du tribunal de l'application des peines, d'une part, les propositions du conseil supérieur de la politique pénitentiaire qui préconise la création d'une commission de l'exécution des peines et, d'autre part, les résultats de l'expérience française du juge de l'application de la peine.

* * *

Dans l'état actuel des travaux de réforme et au moment où une commission spéciale, instituée en septembre 1986, est invitée à passer immédiatement à la rédaction d'un projet de nouveau Code pénal, nous voudrions rassembler, en terme de conclusions, certaines des observations qui nous paraissent les plus urgentes.

" C'est une terrible responsabilité que de faire un code", consate le Ministre de la Justice. " Plus qu'une loi particulière, un code, une fois édicté, a beaucoup de chance en raison de sa masse et, plus encore, par son caractère systématique, de durer; et les options qu'il consacre risquent d'être longtemps irréversibles, même si elles sont erronées."(38). A la pertinence de cette observation, devrait correspondre un ensemble de moyens.

Un code pénal doit mordre sur la réalité sociale, politique, économique, culturelle du pays. A cet égard, il importe de repérer les besions de réforme dans tous les milieux concernés par les problèmes du droit et de l'administration de la justice pénale. Plus fondamentalement, il importe d'y associer le citoyen, non pas dans un débat sur l'opportunité de telle ou telle solu-

(38) R. LEGROS, Avant-projet de code pénal, op.cit. (1), Préface p.6.

tion technique, mais dans une réflexion sur le "nouvel état de la conscience législative" que le code en projet est susceptible d'inspirer.

Même si, comme le suggère le Ministre de la Justice, il importe de réfléchir la plume à la main -" le souci d'écrire clairement impose celui de mettre de l'ordre dans les idées et permet de faire apparaître les faiblesses de certaines d'entre elles"(39)-, la détermination des principes directeurs d'une réforme restent, néanmoins, une tâche fondamentale et première. Il s'agit moins de réanimer des (inépuisables) débats doctrinaux que de veiller à ce que certaines questions soient prises en considération : la nature et le rôle du droit pénal comme mode de gestion de la sécurité collective; les présupposés d'un droit de répression; la place du droit parmi les mécanismes de protection et de contrôle; les valeurs sociales fondamentales affirmées par la loi pénale; le rôle de la collectivité, etc.. En l'espèce, les travaux actuels de réforme du code ne proposent pas un nouveau modèle pénal qui justifierait l'ampleur de la tâche entreprise.

L'absence de méthode adéquate est susceptible, à terme, de poser des problèmes insolubles. Il n'est pas raisonnable de s'engager dans un régime pénal et pénologique nouveau sans évaluer et estimer, avec les moyens requis et qui sont disponibles, les effets multiples des innovations proposées.

Il s'avère, enfin, de plus en plus problématique d'engager valablement la réforme du droit pénal général sans aborder, en même temps, la réforme du droit pénal spécial, celle qui intéressera directement le citoyen dans le débat public qui est annoncé. Il y a longtemps que cette observation est formulée et elle concerne, de la même manière, la procédure pénale. Dans une volonté de changement, on ne peut priver la réforme du code pénal à la fois de ce qui en constitue l'objet principal et de ce qui en assure l'exécution.

Françoise Tulkens.

---

(39) J.GOL, Discours de clôture, op.cit.(17), p. 152.