

DE LA PYRAMIDE AU CHAOS ? POUR UNE NOUVELLE VISION DU DROIT PÉNAL OFFERTE PAR LA POLITIQUE BELGE EN MATIÈRE DE STUPÉFIANTS

[Tanguy de Wilde d'Estmael](#)

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2005/1 Volume 54 | pages 171 à 221

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

[https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-
juridiques-2005-1-page-171.htm](https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2005-1-page-171.htm)

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.



De la pyramide au chaos ? Pour une nouvelle vision du droit pénal offerte par la politique belge en matière de stupéfiants

Jonathan de WILDE d'ESTMAEL

Remarques préliminaires

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous pensons qu'il est intéressant d'expliquer au lecteur l'origine de notre démarche. Depuis 2002, nous nous sommes rassemblés, à diverses reprises, autour du professeur François Ost pour discuter de la thèse qu'il expose avec Michel van de Kerchove dans l'ouvrage : « *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* »¹. Selon ces auteurs, on assisterait à un glissement de paradigme dans la théorie générale du droit – encore incomplet à ce jour – d'un droit dont l'image de la pyramide veut souligner le caractère stable, hiérarchique, linéaire et arborescent, vers un droit en réseau fluide, négocié, relationnel et cybernétique. À la fin de ce séminaire, il était demandé à chacun des participants de vérifier l'existence et, le cas échéant, l'ampleur de ce glissement dans une matière juridique de son choix. Nous avons opté pour le droit des stupéfiants.

La raison de notre choix est double. D'un côté, relevant principalement de la matière pénale, le droit des stupéfiants nous permettait d'observer et d'analyser les modes de régulation dans une branche du droit qui « incarne le plus radicalement l'image parfaitement hiérarchique d'une "justice imposée", c'est-à-dire de décisions adoptées unilatéralement qui s'imposent de manière autoritaire à leurs destinataires »². La découverte d'anomalies – d'observations qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif traditionnel – dans ce domaine, nous incite d'autant plus à remettre en

¹ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

² *Ibidem*, p. 107.

cause notre conception du droit. D'aucuns proposeront sans doute d'émettre une hypothèse *ad hoc*, qui considèrent le secteur des stupéfiants comme un sous-système pénal, *sui generis*, avec ses règles et principes propres dérogeant au droit pénal classique. Certes, l'idée est tentante. Mais nous pensons que ce serait amputer la matière pénale d'un contentieux essentiel, tant par son importance quantitative que par la place qu'il a pris dans l'argumentaire politique en matière de criminalité. Et puis, combien d'hypothèses *ad hoc* faudra-t-il formuler pour maintenir étouffée la complexité croissante du système pénal ?

D'un autre côté, la régulation des stupéfiants alimente de nombreux débats dans des milieux fort divers – scientifiques ou politiques, mais également parmi le grand public. Pour les étudiants en droit comme en criminologie, elle constitue le « sujet bateau » par excellence. Nous pensions, dès lors, trouver aisément réponse à la question qui est sur les lèvres de tout qui s'intéresse à notre sujet : « est-ce que les drogues douces sont dépénalisées ? ». Cela d'autant plus que seule une loi claire et précise est censée pouvoir incriminer un comportement et l'assortir d'une peine (principe de légalité). Nous avons lu cent fois la loi sur les stupéfiants³ et, pourtant, nous n'y avons toujours pas trouvé une réponse (claire) à notre question. Il nous a donc fallu changer de méthode : lire les traités internationaux, les arrêtés royaux et les circulaires ministérielles, interroger les juges de tout ordre et la doctrine, extirper des promesses politiques, des avis et des interventions des associations ce que le constat d'effectivité nous contraint à tenir pour droit, etc. En bref, si le droit des stupéfiants nous a fait découvrir la complexité dans la théorie pénale, nous espérons trouver parmi les réflexions des théoriciens du droit une grille de lecture nouvelle nous permettant d'y voir plus clair dans cet imbroglio normatif, si tant est qu'il y ait quelque chose à y voir qui soit intelligible...

Dans les lignes qui suivent, nous exposerons la substance de l'analyse que nous avons réalisée au terme du séminaire. Nous

³ L. du 24 févr. 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéifiantes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéifiantes et psychotropes, in *M.B.*, 6 mars, pp. 1834 et s., récemment modifiée par les lois du 4 avril et du 3 mai 2003, in *M.B.*, 2 juin.

commencerons par une remémoration du « moment fondateur »⁴ de la pensée pénale moderne, reconstituant ainsi la pyramide à partir de son socle mythique. Dans un second temps, nous examinerons chacun de ses pans, un à un, (conception moderne de l'homme, principe de légalité formelle et matérielle, principe d'indisponibilité de l'action publique, etc.) et nous les soumettrons aux forces – souvent destructrices, il faut le dire – des phénomènes juridiques observés sur le terrain du droit des stupéfiants. Sans abattre complètement l'édifice, nous en constaterons les failles, les anomalies, et nous veillerons à dégager du chaos des décombres les (possibles) empreintes du modèle réticulaire.

1. Mythe fondateur de la pensée pénale moderne

Dans les sociétés modernes, l'origine des peines est expliquée par un mythe, une histoire énonçant les valeurs communes, que chacun des participants au système tient pour vrai et qui leur permet de donner du sens à leur action. Héritage des Lumières, ce récit se transmet inlassablement de génération en génération par l'entremise des principes solennels qu'il inaugure et justifie. Profondément intégré, il sous-tend les non-dits des manuels autant qu'il guide les pratiques et discours des acteurs politiques, judiciaires et policiers⁵.

Père de la pensée pénale moderne, Beccaria expliquait dans son ouvrage intitulé « *Des Délits et des Peines* » qu'à l'origine de la société, les hommes vivaient dans un état de guerre perpétuelle et que, dans le seul but de conserver leur liberté, ils durent en sacrifier une portion pour jouir du reste avec plus de tranquillité⁶. Formant la souveraineté d'une nation, l'ensemble de ces portions fut rassemblé, par l'effet du « contrat social », entre les mains de l'assemblée des représentants qui en est le dépositaire légitime. C'est sous la forme de lois générales et abstraites que cette assemblée édicte les conditions sous lesquelles les hommes, indépendants et isolés, s'unissent en société et, plus particulièrement, qu'elle contrôle la violence contre les

⁴ Nous empruntons cette terminologie à F. OST, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, 1999, pp. 56 et s.

⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, P.U.F., 1992, p. 15.

⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduction française par M. Chevallier et préface de R. Badinter, Paris, Flammarion, 1991, p. 62.

personnes et leurs biens. Mais, pour défendre ce dépôt contre les usurpations de chaque individu en particulier, il est nécessaire d'utiliser « des moyens sensibles », les peines, car « ni l'éloquence, ni les déclamations, ni même les vérités les plus sublimes ne suffisent à réfréner longtemps les passions excitées par les tentations de la réalité présente »⁷. Beccaria précisait néanmoins que chacun ne veut « mettre à la disposition de la société que la plus petite portion possible (de sa liberté), mais qui suffise à engager les autres à le défendre »⁸. Ainsi, le principe de nécessité constitue la limite naturelle et impérative du droit de punir.

On remarquera, en se remémorant ses enseignements d'histoire, que ce mythe apparaît en filigrane dans les analyses de la rupture politique survenue au moment de la révolution française. En effet, le système pénal de l'ancien régime y est souvent décrit comme archaïque, pareil au tohu-bohu originaire précédant la création de la « véritable » justice pénale ; l'obscurité, l'irrationnel et la cruauté composaient ses lois, servies par des juges recourant, entre autres horreurs, à la question, aux supplices ainsi qu'aux ordalies⁹. Il fallut attendre les Lumières pour que la raison puisse être entendue, pour qu'elle puisse faire loi et pour qu'enfin, l'infamie et la barbarie disparaissent de nos pratiques judiciaires. En cet instant de l'Histoire, ne sommes-nous pas passés de l'état de nature au règne de la justice ? De plus, le monopole de régulation des violences que le mythe concède à l'État coïncide avec la réalité historique à la veille de la révolution française, où les rois de France avaient mené une longue campagne d'absorption des pouvoirs concurrents (noblesse, clergé, régionalismes,...) qui a permis de rassembler entre les seules mains du souverain le droit d'infliger violence¹⁰.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁹ Voyez la description du droit pénal de l'ancien régime faite par C. BECCARIA (*ibid.*, p. 60-61).

¹⁰ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *Rev. dr. publ.*, n° 3, France, 1998, pp. 664-665 ; M. DELMAS-MARTY, *supra* note 5, p. 111 ; pour tous les pays d'Europe, voyez Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal et l'État : des frontières "naturelles" en question », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris-Genève-Bruxelles, LGDJ, Georg et Bruylant, 2002, pp. 3 et s.

2. La pyramide en droit belge des stupéfiants : mythe ou réalité ?

S'il fallait croquer la « pyramide », telle qu'elle transparaît de ce mythe, nous en soulignerions tout d'abord l'homogénéité, celle-ci n'étant composée que d'individus abstraits, rationnels et égaux, tous citoyens (a). Il nous faudrait, ensuite, relever son aspect monolithique – un seul foyer de production de la norme, un seul territoire, etc. (b) – et appuyer ses nombreux traits rigides, peu malléables, et linéaires (c). L'apparente perfection de l'objet ne devrait pas nous échapper, la norme pénale étant claire, simple et intelligible par définition, ce que nul ne peut contester (d). Enfin, à l'instar de son modèle, l'œuvre serait immortalisée ; fixée sur un papyrus, elle traverserait le temps, intacte et stable (e). Nous allons à présent nous risquer à cet exercice et, à chaque étape, nous comparerons notre esquisse avec les données empiriques qu'offre le droit des stupéfiants.

a. Conception et téléologie de l'homme moderne : l'acteur du mythe

Notre premier regard sur la « pyramide » se concentre sur l'homme et sa finalité. Dans le mythe précédemment exposé, l'homme nous est décrit comme un être raisonnable, mais qui cède aux tentations et aux passions. Or, la modernité invite l'homme à rationaliser et à perfectionner son existence en suivant ce qui constitue le principe utilitariste primordial : « le plus de bonheur possible réparti sur le plus grand nombre »¹¹. Aussi, avec Claude Macquet, nous pouvons dire qu'à ce moment, « la subjectivité des hommes et des femmes s'est vue comme traquée : l'objectif étant de la débusquer, de rendre conscient ce qui ne l'était pas, d'avoir une maîtrise sur des réactions pulsionnelles, de développer le contrôle interne de soi et ainsi de suite »¹². L'homme avait à devenir un sujet capable de transcender ses particularités et de dépasser ses intérêts pour concourir à la volonté générale, c'est-à-dire à se comporter en citoyen¹³. C'est d'ailleurs à partir de cet individu rationnel et abstrait que Beccaria

¹¹ C. BECCARIA, *supra* note 6, p. 60.

¹² C. MACQUET, « L'échange social et la régulation des déviances à l'aube de la (possible) postmodernité », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, Bruxelles, de Boeck, 2003, p. 315.

¹³ Voyez F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, pp. 134-135 ; Y. CARTUYVELS, *supra* note 10, pp. 12-13.

recompose la nation. Ce faisant, il adopte une perspective moniste du peuple : au travers du concept de « nation », le peuple est perçu comme un groupe homogène et les particularismes sont relégués dans la sphère privée, lorsqu'ils ne sont pas réprouvés au nom du devoir d'intégration nationale.

Cette conception de l'homme moderne permet d'expliquer le désintérêt qu'ont eu les auteurs classiques pour le concept de « criminel ». Considéré comme second et dérivé par rapport à celui de crime, ce concept n'impose pas, selon eux, que l'individu qu'il qualifie soit doté d'une personnalité spécifique : « il est un citoyen rationnel et libre qui, à un moment donné, apparaît comme coupable d'avoir commis un crime et, ainsi, d'avoir rompu le traité social »¹⁴. Notons néanmoins que ce masque de la citoyenneté devait garantir l'égalité des individus devant la loi et contrer l'arbitraire des juges, concrétisant ainsi l'idéal d'une justice rendue « en aveugle »¹⁵.

Encore à l'heure actuelle, le droit pénal belge maintient la présomption selon laquelle tout homme est libre et agit de manière consciente et volontaire. En effet, même si notre droit pénal prévoit que « l'existence d'une infraction requiert toujours l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral »¹⁶, il n'en reste pas moins que ce dernier élément est présumé par le législateur ; il ne doit être prouvé par le ministère public – sur qui repose pourtant la charge de la preuve en matière pénale – que si le prévenu ou l'accusé invoque une cause de justification en précisant les éléments qui permettent d'y accorder crédit.

Cependant, cette conception de l'homme moderne n'a jamais été appliquée à la figure de l'usager de drogues illicites, que du contraire ! Comme l'a très bien expliqué Yves Cartuyvels, les drogues prohibées sont généralement perçues comme « rappel de l'“enfer” mythique que les penseurs de la modernité ont voulu mettre à distance en poursuivant l'idéal d'un “ordre” ou d'un système social susceptible de créer les conditions de la justice : l'absence de régulation et de

¹⁴ F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspect juridiques et criminologiques*, 5^e éd., Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Kluwer Éditions Juridiques Belgique et E. Story-Scientia, 1999, p. 14.

¹⁵ Y. CARTUYVELS, *supra* note 10, p. 13.

¹⁶ Cass., 13 déc. 1994, in *Pas.*, 1995, I, p. 1094 ; voyez également F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, p. 324 et la doctrine ainsi que la jurisprudence citées par ces auteurs.

prévisibilité, le désordre et l'anarchie »¹⁷. En consommant ces drogues, le « toxicomane » s'éloigne du modèle du sujet libre, responsable et contrôlable, et met en péril les fondements fictionnels de nos systèmes de régulation sociale¹⁸. La dépendance qu'entraîne – immanquablement, selon une idée encore largement répandue dans les esprits – l'usage des drogues ne constitue-t-elle pas une forme radicale de rejet de la liberté ? Aussi, le compromis pénal qui est à la base de la politique, belge comme internationale, en matière de stupéfiants s'explique par cette crainte communément partagée de voir le principe de responsabilité mis en échec et, partant, d'être contraint à renoncer à penser un monde social prévisible et organisable. En ce sens, il nous paraît révélateur que les directives ministérielles concernant la matière des stupéfiants précisent expressément que « la dépendance ne peut jamais justifier ou excuser un comportement criminel »¹⁹.

Mais la personne du délinquant n'est pas restée très longtemps dans l'ombre de son délit. Dès la fin du XIX^e siècle, la doctrine de la défense sociale, construite théoriquement dans l'œuvre d'Adolphe Prins, critique le formalisme juridique classique axé sur l'acte délinquant et la responsabilité de son auteur, préférant s'attacher au contrevenant, à sa personnalité et à son milieu de vie²⁰. Alors que le délinquant classique est politiquement ou moralement libre, il est désormais socialement et biologiquement déterminé²¹. Cette nouvelle conception n'est pas sans conséquences pour la matière pénale. Premièrement, le concept de dangerosité investit le droit pénal,

¹⁷ Y. CARTUYVELS, « Loi pénale, usage de drogues et politique », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 44.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 43 et s.

¹⁹ Directive commune du 17 avril 1998 relative à la politique des poursuites communes en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites (circulaire De Clerck), in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 554 ; directive ministérielle du 16 mai 2003 relative à la politique des poursuites en matière de détention et de vente au détail de drogues illicites, in *M.B.*, 2 juin ; *J.D.J.*, n° 229, 2003, p. 34 ; voyez également le rapport au Roi précédant l'A.R. du 16 mai 2003, in *M.B.*, 2 juin, p. 29934 ; exposé de M. SEGHN, rapport fait au nom de la commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, in *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 1888/004, p. 210.

²⁰ C. SCOHIER, « De l'assuétude du système pénal aux dossiers stupéfiants à l'intoxication des pratiques sociales à des fins de gestion pénale », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 229.

²¹ F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, pp. 109 et s.

énervant quelque peu le sacro-saint principe de responsabilité. Ensuite, la personne du délinquant est placée à l'avant-plan de l'intervention pénale : il faut à présent individualiser les peines en vue de mieux les adapter à la personnalité du condamné, afin de mieux le « traiter ». Enfin, la défense sociale va retirer au juriste le monopole du discours sur le crime²², dès lors que tant la détermination de la dangerosité du délinquant que la fixation des mesures qu'il convient de lui appliquer requièrent l'intervention des sciences humaines.

Dans les discours politiques de la fin des années 1960, on observe également un changement dans la terminologie désignant le consommateur de drogues : du statut de « délinquant à incarcérer » ou d'« ennemi de la nation », il passe à celui de « malade à guérir », voire de « victime ». Le souci d'empêcher que l'usager de drogues se nuise à lui-même et de protéger le « bon citoyen » de ce malade potentiellement dangereux justifie, non seulement la prohibition, mais surtout l'intervention positive et paternaliste de l'État. Cependant, on notera que, si les discours ont changé, l'amendement du projet de loi adopté en 1975 visant à introduire l'injonction thérapeutique fut rejeté – faute de moyens – et la véritable entrée du secteur psycho-médico-social dans la politique criminelle en matière de stupéfiants ne se produisit que dans les années 1990 avec le développement des « contrats de sécurité » et des politiques dites « globales et intégrées »²³.

Enfin, selon certains auteurs, une troisième figure du délinquant, figure « postmoderne », émergerait des politiques dites de « gestion des risques »²⁴. Contrairement aux politiques basées sur l'idée que le consommateur de drogue est un ennemi de la nation ou un malade à soigner et qui imposent, de ce fait, la tolérance zéro et l'abstinence complète, ces politiques de gestion des risques promeuvent une consommation contrôlée des drogues. Ainsi, c'est au consommateur de drogue qu'incombe la responsabilité de gérer les risques de maladie pour lui-même mais aussi d'incivilité ou de nuisances pour les non-consommateurs. Concrètement, il lui est demandé de s'informer et d'accepter que sa capacité à contrôler et gérer les risques soit surveillée. La tolérance, voire l'indifférence, véhiculée par ces

²² F. RINGELHEIM, « Punir mon beau souci. Pour une raison pénale », in *Rev. U.L.B.*, 1984, p. 8 (avant-propos).

²³ C. SCOHIER, *supra* note 20, pp. 230-231.

²⁴ Dans ce paragraphe, nous nous inspirons fortement de C. MACQUET, *supra* note 12, pp. 311 et s.

politiques s'explique, selon Claude Macquet, par le fait qu'« à l'aube de la postmodernité, les individus se trouvent dans une situation inverse de celle de la modernité : leurs identités personnelles sont rationalisées à outrance, elles sont dé-subjectivées ou objectivées (de manière idéale-typique s'entend) et la tâche qui leur incombe est de re-subjectiver ces identités vides »²⁵. Cette quête d'authenticité – généralisée car socialement valorisée et impliquant pour l'individu qu'il fasse des choix et prenne des risques pour se réaliser – conduit à une relativisation des valeurs traditionnelles et des idéaux ainsi qu'à une pluralisation accrue de la société. Maintenant, « tout se discute ». Plus encore, le pluralisme des croyances et la tolérance deviennent la norme. Ceci explique notamment pourquoi l'État a de plus en plus de mal à légitimer la prohibition des drogues. Cependant, lorsque, au-delà des mots prononcés par nos dirigeants, nous observons le système en vigueur en Belgique depuis la réforme de 2003, nous ne trouvons en réalité que très peu de traces de ces politiques de gestion des risques²⁶. Nous y voyons plutôt une politique gestionnaire floue conduite en dehors des hémicycles parlementaires.

b. Principes de légalité formelle en droit pénal

Cherchant une légitimation du droit de punir dans la participation des citoyens aux institutions communes et voulant contrer l'arbitraire des juges, Beccaria affirmait que « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »²⁷. Il énonce ainsi le principe de légalité dans sa forme la plus stricte et la plus formelle. Plus que la simple nécessité pour le juge de se référer à une norme préexistante, ce principe en impose l'auteur : le parlement, ce Léviathan dont la légitimité ne saurait faire l'ombre d'un doute dès lors qu'elle est solidement appuyée sur l'acquiescement présumé de tous les citoyens au contrat social, consentement symboliquement renouvelé à chaque fois qu'ils procèdent à l'élection de leurs représentants. La Constitution rappelle, selon nous, cette suprématie du pouvoir

²⁵ *Ibidem*, p. 315.

²⁶ En ce sens, voyez D. KAMINSKI, « La réforme de la législation concernant le trafic des stupéfiants : quels changements pour l'usager de drogues ? », in *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, pp. 780 et s.

²⁷ C. BECCARIA, *supra* note 6, p. 65.

législatif lorsqu'elle énonce que le parlement représente la nation (article 42) de laquelle émanent tous les pouvoirs de l'État (article 33).

Représentant la nation et garant de la liberté individuelle de ses membres, le parlement est – dans cette logique – le seul capable de déterminer, par un vote à la majorité, ce qu'est concrètement le bien commun pour tous les citoyens et, dans son versant négatif, ce qui est nuisible à la société. C'est donc fort logiquement qu'on lui attribue traditionnellement l'exclusivité du pouvoir de prohiber certains comportements (principe de légalité des incriminations)²⁸. D'un point de vue formel, ce principe est consacré par l'article 12 de la Constitution : « Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus *par la loi* et dans les formes qu'elle prescrit ». L'utilisation du terme « *par la loi* » indique le caractère exclusif de cette compétence dans le chef du législateur.

Outre l'incrimination du comportement, le législateur s'est vu confier la responsabilité de définir la réaction que doit opposer l'État aux infractions à la règle, c'est-à-dire la peine (principe de légalité des peines). Ce principe est consacré à l'article 14 de la Constitution qui prévoit que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'*en vertu de la loi* ». D'emblée, nous attirerons l'attention du lecteur sur la formulation de cette disposition. En effet, en usant de l'expression « *en vertu de la loi* », le constituant s'est montré moins exigeant que lors de la rédaction de l'article 12 puisque cette formule permet au législateur, à qui la compétence d'édicter des peines est conférée, d'en déléguer l'exercice à certaines autorités, telles que le Roi, les ministres, les Communautés, les Régions, les provinces, les communes, etc.²⁹. De plus, la doctrine étend l'applicabilité de l'article 14 de la Constitution de manière telle qu'il est admis aujourd'hui qu'il s'applique aussi bien aux incriminations qu'aux peines³⁰.

Enfin, une fois le fait formellement interdit et la conséquence de l'infraction précisée, il fallait encore que soient fixées les modalités d'application de ces textes qui, à ce stade, ne constituent encore que des « *paper rules* ». Compte tenu du monopole de production du droit pénal dont bénéficie en principe le parlement, il semble logique

²⁸ Le terme « incrimination » doit être compris dans son sens strict d'érection d'un comportement en infraction.

²⁹ G. SCHUIND, cité par F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, p. 189, note 252.

³⁰ L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, cités par F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *ibidem*, p. 189.

d'interdire aux agents chargés d'appliquer ses lois (juges, Procureurs du Roi, agents de police, etc.) de les étendre ou d'y déroger dans l'exercice de leurs fonctions. C'est pourquoi, selon Beccaria, un juge ne peut incriminer lui-même des faits qui ne sont pas qualifiés d'infraction par la loi, « quelle que soit son opinion sur leur moralité ou leur dangerosité »³¹. Encore à l'heure actuelle, le juge doit constater dans sa décision l'existence de toutes les conditions auxquelles la loi subordonne son application³² ainsi qu'indiquer la base légale de l'incrimination³³. Le juge doit se limiter à être la « bouche de la loi ». Il lui est interdit d'interpréter les lois pénales (principe d'interprétation stricte) – sauf dans un sens favorable au prévenu³⁴ – car seul le législateur est habilité à le faire³⁵. Aussi, « en présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquiescement ou la condamnation »³⁶. Néanmoins, si le texte n'est pas assez clair ou précis – ce qui ne devrait normalement pas arriver³⁷ –, le juge est contraint de l'interpréter. Mais il doit se borner à déclarer ce que dit la loi, en recherchant l'intention du législateur considérée comme « un fait objectif, identifiable empiriquement (notamment par la consultation des travaux préparatoires) correspondant à un état de conscience précis et délibéré de l'auteur, et figée au moment de l'adoption du texte. Par hypothèse, cette intention est censée unique et homogène, de sorte qu'un texte ne se prête qu'à une seule lecture »³⁸. En ce qui concerne l'action publique, le législateur révolutionnaire avait adopté, avec cohérence, le principe de la légalité des poursuites³⁹. Pourtant, entre autres pour des raisons

³¹ F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *ibidem*, p. 190.

³² Cass., 29 sept. 1952, in *Pas.*, 1953, I, p. 24.

³³ Cass., 17 sept. 1980, in *Pas.*, 1981, I, p. 64.

³⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Baskaya et Okçuogiu v. Turquie*, rendu le 17 mars 1998 (<http://coe.int>).

³⁵ C. BECCARIA, *supra* note 6, pp. 66-68 ; l'article 84 de la Constitution rappelle cette règle, aussi fondamentale que désuète, selon laquelle « l'interprétation des lois par voies d'autorité n'appartient qu'à la loi » (pour le décret voyez l'article 133 de la Constitution).

³⁶ C. BECCARIA, *ibidem*, p. 67.

³⁷ Voyez *infra* : « Présomption d'infailibilité du législateur ».

³⁸ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 386.

³⁹ C. LAZERGES, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in *Libertés et droits fondamentaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 340 ; voyez également

d'efficience, ce principe fut rapidement abandonné et remplacé par celui de l'opportunité des poursuites.

On le voit : dès l'instant où le principe de légalité quitte le monde de la philosophie pour s'aventurer dans les textes ou les pratiques constitutionnels, il cède du terrain aux impératifs d'efficacité et de proximité inhérents à toute politique criminelle, de sorte qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu que la loi ait été un jour la source exclusive du droit pénal. Néanmoins, nous observons qu'en droit des stupéfiants, le phénomène est remarquable par son intensité. Le parlement y est concurrencé de toutes parts : *par le haut*, il est soumis à des textes internationaux de plus en plus nombreux et contraignants ; *vers le bas*, il délègue son pouvoir à diverses autorités en vue de rapprocher la politique pénale du citoyen ; *de ses flancs* sont nées des assemblées avec lesquelles il doit à présent composer.

b.1. Droit international des stupéfiants⁴⁰

Régulièrement invoquée par nos gouvernants pour justifier le maintien de la prohibition des stupéfiants, la contrainte internationale est sans aucun doute une des causes déterminantes de l'adoption de la loi sur les stupéfiants⁴¹ et de son évolution ultérieure. Le droit des drogues est le produit du droit international⁴². D'ailleurs, la première norme de droit belge régissant les drogues de manière autonome – hors réglementation sur l'art de guérir – est une convention internationale : la convention de La Haye de 1912⁴³. Par « courtoisie diplomatique », la Belgique y adhéra le 15 mars 1914 alors qu'aucun problème en rapport avec les drogues réglementées par ce Traité⁴⁴

M.-L. RASSART, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, LGDJ, 1967, p. 226.

⁴⁰ Sur les sources internationales du droit des stupéfiants, voyez F. CABALLERO et Y. BISIQU, *Droit des drogues*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2000, pp. 34-79.

⁴¹ Dans son rapport préalable au vote de la loi de 1921 sur les stupéfiants, la commission du sénat justifie l'adoption de nouvelles mesures par la nécessité « de donner au gouvernement les moyens de remplir les engagements que le pays a pris en approuvant la Convention » (*Pasin.*, 1921, p. 6).

⁴² M.-L. CESONI, *Droit pénal spécial*, Louvain-la-Neuve, notes de cours non publiées, 2003.

⁴³ Convention internationale de l'opium, signée à La Haye le 23 janvier 1912 (*M.B.*, 16 juillet 1919).

⁴⁴ La convention de La Haye s'applique non seulement à l'opium brut, mais aussi à ses dérivés et alcaloïdes (morphine, codéine), ainsi qu'à la cocaïne et à ses sels.

n'existait à cette époque sur son territoire⁴⁵, ce qui explique qu'aucune délégation belge n'était présente lors de sa négociation. Mais la Belgique n'était pas la seule absente à la table des négociations, seuls treize États étaient parties à la Convention dès son origine. Pourtant, nombreux sont ceux qui y adhéreront par la suite, guidés par l'idée que « pour être efficaces, les mesures prises contre l'abus des stupéfiants doivent être coordonnées et universelles »⁴⁶ car il suffit d'un seul État qui ne les applique pas pour alimenter le trafic. Suivant cette idée, certains traités sur les stupéfiants prévoient la possibilité de sanctionner tous les États – signataires ou non – qui ne respectent pas leur prescrit, dès lors qu'ils compromettent sérieusement la lutte contre les drogues⁴⁷, ce au mépris du principe de la relativité des traités⁴⁸ et, partant, de la souveraineté des États tiers.

Dans le sillage de la convention de La Haye, de nouvelles conventions furent adoptées au niveau mondial⁴⁹, qui ont toutes en commun de renforcer les contraintes et les sanctions contre les stupéfiants, dont la liste n'a fait d'ailleurs que s'allonger⁵⁰. La marge de manœuvre de nos gouvernants s'en trouve forcément réduite. Elle l'est d'autant plus que ces traités mettent en place des organes supranationaux chargés du contrôle ainsi que de la coordination de leur application. Ainsi, le classement d'une nouvelle substance dans la liste des substances stupéfiantes ou psychotropes dépend-t-il aujourd'hui de la décision de la commission (organe institué au sein

⁴⁵ À ce propos, on lira avec attention F. MERCENIER, *Toxicomanie, délinquance et loi pénale*, rapport de recherche F.N.R.S., Louvain-la-Neuve, UCL, 1997, pp. 10 et s.

⁴⁶ Cette formule est celle utilisée dans le préambule de la Convention unique sur les stupéfiants, signée à New York le 30 mars 1961 (*M.B.*, 27 nov.).

⁴⁷ Art. 14 de la Convention unique sur les stupéfiants, signée à New York le 30 mars 1961.

⁴⁸ F. CABALLERO et Y. BISIOU, *supra* note 40, pp. 47.

⁴⁹ Que reste-t-il aujourd'hui de cet amas de traités ? Quatre conventions sont encore en vigueur en Belgique : la partie non supprimée de la Convention pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles, signée à Genève le 26 juin 1936, (*M.B.*, 5 oct.) ; la Convention unique sur les stupéfiants, *supra* note 46), modifiée par le protocole de Genève du 25 mars 1972 (*M.B.*, 14 sept. 1984) ; la Convention sur les substances psychotropes, signée à Vienne le 21 févr. 1971 (*M.B.*, 21 mars 1996), et la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, signée à Vienne le 20 déc. 1988 (*M.B.*, 21 mars 1996).

⁵⁰ F. CABALLERO et Y. BISIOU, *supra* note 40, pp. 41 et s.

de l'ONU et composé de représentants des États) et de l'OMS dont la recommandation conforme est requise⁵¹. Le conseil économique et social de l'ONU peut, par ailleurs, confirmer, modifier ou annuler cette décision⁵². En outre, le contrôle de l'exécution des obligations découlant des traités et le pouvoir de sanctionner les États récalcitrants reviennent à une « autorité administrative indépendante internationale »⁵³ composée d'experts : l'organe international de contrôle des stupéfiants. Enfin, c'est le Programme des Nations Unies pour le Contrôle des Drogues (PNUCID) qui prend en charge, entre autres choses, le financement des programmes de développement et de remplacement des cultures.

Au niveau européen, de nombreuses institutions (Cour européenne des Droits de l'homme, Conseil de l'Union européenne, etc.) collaborent à l'écriture du droit pénal en général. Parmi elles, certaines développent des actions plus spécifiques à l'égard des drogues. Nous ne présentons – très sommairement – que les éléments propres au droit des stupéfiants, d'autres auteurs plus qualifiés que nous ayant récemment réalisé d'excellentes analyses des effets de l'eupéanisation du droit sur le système pénal⁵⁴. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, outre l'élaboration de conventions⁵⁵, il existe un processus de coopération interdisciplinaire entre les pays européens au sein d'un organe informel de concertation et d'échange d'informations – le Groupe Pompidou – réunissant à intervalles réguliers les ministres responsables de la lutte contre la drogue⁵⁶. L'Union européenne, quant

⁵¹ *Ibidem*, p. 49.

⁵² Art. 3 de la Convention unique, *supra* note 46 ; voyez cependant l'art. 2 de la convention de Vienne, *supra* note 49, qui permet à la commission de modifier les évaluations de l'OMS en matière de psychotropes.

⁵³ Art. 3, 8°, de la Convention unique, *supra* note 46.

⁵⁴ F. CABALLERO et Y. BISIQU, *supra* note 40, pp. 51-52.

⁵⁵ Nous ne pouvons que recommander la lecture de l'analyse réalisée par A. BERNARDI, « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'eupéanisation du droit sur le système pénal », in *Cette revue*, 2004, pp. 1-48 ; d'une manière plus générale, sur l'internationalisation du droit pénal, voyez M. HENZELIN et R. ROTH (éd.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris-Genève-Bruxelles, LGDJ, Georg et Bruylant, 2002.

⁵⁶ Accord relatif au trafic illicite par mer, signé à Strasbourg le 31 janvier 1995 (non approuvé par la Belgique).

⁵⁷ <http://www.pompidou.coe.int> ; voyez également F. CABALLERO et Y. BISIQU, *supra* note 40, pp. 61-62.

à elle, élabore des politiques de lutte contre les drogues illicites au sein de ses trois piliers. Dans le pilier communautaire, elle peut, dans les limites du principe de subsidiarité, compléter l'action des États membres en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé⁵⁷, ce qu'elle fait principalement au moyen de politiques d'information et de prévention. Dans le pilier de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune (PESC), l'article 11 UE l'a habilitée à développer un programme de coopération Nord-Sud contre la drogue à destination des pays en voie de développement⁵⁸. Et en ce qui concerne le pilier de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (ex-pilier JAI), la lutte contre le trafic de drogue – considérée comme moyen pour « offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice »⁵⁹ – a justifié que les États membres s'entendent pour prévoir, dans une décision-cadre adoptée sur base de l'article 31(e) UE, que le trafic de stupéfiants (et non la consommation) devra être puni de peines allant de trois à dix ans d'emprisonnement, selon la gravité des circonstances⁶⁰.

Tenue par ses engagements internationaux, la Belgique n'écrit donc pas son droit des stupéfiants à partir d'une page blanche. Le droit international semble bien la contraindre à « adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale à la culture, la détention et l'acquisition de stupéfiants ou psychotropes à des fins de consommation personnelle »⁶¹ ou, à la limite, à combattre ces comportements en usant de sanctions administratives⁶². Nous avons d'ailleurs vu qu'elle ne décide plus souverainement d'inclure – et surtout d'exclure, comme certains le voudraient pour le cannabis – une nouvelle substance dans la liste des drogues prohibées. Quand on examine la marge de manœuvre laissée aux États, on pourrait croire qu'une nouvelle « pyramide » s'est formée, dont le sommet serait

⁵⁷ 152 CE.

⁵⁸ F. CABALLERO et Y. BISIQU, *supra* note 40, p. 72.

⁵⁹ Art. 29 UE.

⁶⁰ Au sujet de cette décision-cadre, voyez S. BOSLY et M. VAN RAVENSTEIN, « L'harmonisation des incriminations », in X., *Actualités du droit pénal européen*, Louvain-la-Neuve, La Chartre, 2003, pp. 50 et s.

⁶¹ Art. 36 de la Convention unique, *supra* note 46, et l'art. 3, 2° de la convention de Vienne, *supra* note 49 ; voyez aussi l'art. 71 de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 (*M.B.*, 15 oct. 1993).

⁶² Note politique du gouvernement fédéral relative à la problématique de la drogue du 19 janvier 2001, p. 58.

international. La dissolution des frontières de la répression renforce très certainement cette impression. En effet, si le principe veut que le droit pénal d'un État ne s'applique qu'aux infractions commises sur son territoire et uniquement à celles-ci⁶³, l'efficacité de la lutte contre les réseaux internationaux de trafic de drogues, s'inscrivant dans le cadre plus général de la criminalité transfrontalière, a conduit les États à coordonner leurs actions de recherche et de poursuites des infractions⁶⁴. Aussi, nous pensons que le droit d'observation et de poursuites des policiers sur le territoire d'un autre État de l'Espace Schengen⁶⁵, la mise sur pied d'un fichier central européen (SIS)⁶⁶, d'Interpol et d'Europol, l'affirmation du principe du « *non bis in idem* »⁶⁷, le mandat d'arrêt européen, la possibilité d'exécution des jugements répressifs prononcés à l'étranger⁶⁸ – la liste est loin d'être exhaustive – sont autant de signes que la justice pénale n'entend plus s'arrêter aux frontières d'un territoire national. On pourrait presque y voir un espace de justice nouveau, transnational, en voie de supranationalisation...

La réalité nous montre cependant qu'il n'existe pas de « pyramide » supranationale, mais bien une pluralité de territoires et de foyers de production du droit des stupéfiants. Côté territorial, faut-il rappeler que les frontières nationales n'ont pas tout à fait disparu ? Pour ne prendre qu'un exemple, le cumul des sanctions reste possible, ce d'autant plus que le principe du « *non bis in idem* » reçoit une application limitée en droit des stupéfiants – chacune des infractions

⁶³ Art. 3 du code pénal ; F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, p. 218.

⁶⁴ À ce sujet, voyez D. FLORE, « Vers une justice pénale européenne : l'apport de l'Union européenne », in *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 382 et s.

⁶⁵ Art. 40 et 41 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, *supra* note 61.

⁶⁶ Les articles 92 à 119 de la Convention d'application de l'accord de Schengen *supra* note 61) prévoient la mise en place d'un fichier informatique central, dit « Système d'Information Schengen » (SIS), interconnectant les fichiers nationaux des pays signataires, reprenant le signalement des personnes, des véhicules ou des objets recherchés.

⁶⁷ Art. 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, *supra* note 61 ; voyez également, art. 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale.

⁶⁸ Voyez art. 68 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, *supra* note 61.

prévues par la Convention unique doit être considérée comme une infraction distincte si elles sont commises dans des pays différents⁶⁹. Et puis, plus fondamentalement, nous parlons d'un espace de justice unique et homogène alors que les traités auxquels nous nous référons ne couvrent pas une même étendue territoriale : certains ont vocation à s'appliquer de manière universelle tandis que d'autres ne concernent qu'une partie des États membres de l'Union européenne. Nombreux sont par ailleurs les traités internationaux en matière de stupéfiants qui n'ont pas été ratifiés par la Belgique et qui, dès lors, font partie du droit international sans que nous puissions les considérer comme des règles de droit belge. Il nous faut donc plutôt parler d'« espace à géométrie variable ».

Côté institutionnel, nous venons de voir que de nombreuses organisations internationales sont impliquées. Chacune d'elles sécrète des normes par un mécanisme complexe de co-écriture associant des représentants étatiques mais aussi une pluralité d'experts (policiers, médecins, criminologues, etc.), d'institutions (OMS, Organe de Contrôle, institutions CE, etc.) et de lobbies (surtout pharmaceutiques). Il importe néanmoins de souligner que les États restent des acteurs incontournables du droit international des stupéfiants. En effet, même si les institutions internationales disposent d'une certaine autonomie, il ne faut pas oublier que la contrainte internationale reste le plus souvent conditionnée par l'accord préalable de l'État. De plus, n'ayant pas d'effet direct en droit interne⁷⁰ – même si parfois certains juges leur attribuent pareil effet⁷¹ –, les dispositions

⁶⁹ Art. 36 de la Convention unique, *supra* note 46 ; Cass., 27 nov. 2001, in *Larc. Cass.*, 2002, n° 254 ; Cass., 29 févr. 2000, in *Larc. Cass.*, 2000, n° 583 ; Cass., 29 juin 1999, in *Larc. Cass.*, 1999, n° 990.

⁷⁰ Pour qu'un traité soit directement applicable, il faut que les États signataires aient voulu que les particuliers puissent l'invoquer directement ou, à tout le moins, que l'obligation découlant du traité soit inconditionnelle (J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Louvain-la-Neuve, Larcier, 2000, p. 412), ce qui ne peut être le cas, dès lors que les traités sur les stupéfiants précisent expressément que les États doivent prendre « toutes les mesures nécessaires » pour atteindre leurs objectifs ; en ce qui concerne les décisions-cadre, voyez A. BERNARDI, *supra* note 54, p. 13.

⁷¹ Pour l'art. 1^{er} de la convention de Vienne, *supra* note 49, et également, *mutatis mutandis*, pour l'art. 71-1 de la Convention d'application de l'accords de Schengen *supra* note 61, voyez Cass. (2^e ch.), 26 févr. 2002, p. 14 (<http://www.Cass.be>) : la cour vérifie la régularité d'une technique d'investigation, non pas par rapport au droit national, mais en se référant directement à ladite Convention qui ne pouvait en

internationales en matière de stupéfiants ne lient que les États et, par conséquent, elles ne seront applicables aux particuliers qu'une fois transcrites en droit interne. Enfin, les États restent les seuls à disposer des moyens matériels et humains (agents de police, juges, etc.) nécessaires à la mise en œuvre concrète de ces traités.

Sans doute faut-il percevoir dans cet amas institutionnel d'apparence chaotique certaines marques de la logique réticulaire. En ce sens, nous notons, tout d'abord, que les conventions internationales sur les stupéfiants ménagent quelque espace au dialogue entre les États et les institutions qu'elles mettent en place. En effet, elles s'imposent à l'État « sous réserve de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique »⁷², ce qui a permis à l'Italie et à l'Espagne de justifier leur refus d'incriminer la détention de certaines drogues pour usage personnel⁷³. Cette souplesse dans l'application des traités apparaît également dans les articles concernant les sanctions, qui invitent l'organe de contrôle à agir par persuasion et à préférer les mesures rendant possible le dialogue avec les États à l'autoritarisme⁷⁴. Ensuite, certaines formes de récursivité semblent apparaître dans l'action de l'observatoire européen des drogues et des toxicomanies qui centralise les informations sur les nouvelles drogues afin de permettre une réaction efficace et rapide... des forces de police. Il existe, enfin, des interconnexions entre les systèmes normatifs étudiés, l'Union européenne ayant, par exemple, ratifié la convention de Vienne de 1988⁷⁵. Pour clôturer ce paragraphe, nous dirons juste que, si réseau international il y a, il s'agit surtout d'un réseau reliant les acteurs répressifs des différents États, excluant trop souvent le secteur psycho-médico-social, en vue d'accroître l'efficacité de la lutte contre le trafic de stupéfiants d'envergure internationale.

principe être opposée au particulier ; pour l'applicabilité directe des conventions internationales en matière de stupéfiants en France, voyez Crim., 9 mars 1992, B, n° 103, p. 267 et Crim., 5 févr. 1990, in *Dr. Pénal*, juin 1990, p. 9.

⁷² Art. 36 de la Convention unique et l'art. 3, 2° de la convention de Vienne, *supra* note 49.

⁷³ M.-L. CESONI, *supra* note 42.

⁷⁴ Voyez l'article 9, 5°, de la Convention unique, *supra* note 46.

⁷⁵ F. CABALLERO et Y. BISIOU, *supra* note 40, p. 70.

b.2. Dissolution de l'État par le bas : quand l'efficacité et la proximité détrônent le Léviathan

Fille du droit international, la loi du 24 février 1921⁷⁶ est la première loi belge consacrée tout entière à la problématique des stupéfiants. Avant de procéder à l'analyse de son contenu, nous nous permettons de faire apparaître un premier trait surprenant de son histoire : son adoption à l'unanimité, à la Chambre des Représentants comme au Sénat, sans discussions ni amendements proposés⁷⁷. Le même phénomène a d'ailleurs pu être observé dans d'autres pays, tels que le Canada ou la France⁷⁸. Cela nous montre que cette loi n'est, en fait, qu'un acte de transposition purement formel qui reprend ce qui avait été décidé ailleurs, hors de l'hémicycle parlementaire, lors de l'adhésion à la convention de La Haye. Or, cette adhésion n'est pas l'œuvre du parlement mais bien du gouvernement à qui il revient de négocier – quand il s'agit d'adhérer, la négociation est forcément limitée – et de conclure les traités⁷⁹. Le parlement se contente de donner son assentiment sous la forme d'une loi dont l'initiative n'appartient d'ailleurs qu'au gouvernement⁸⁰. Dès son origine, le droit des stupéfiants énerve donc le principe de légalité avec lequel il a beaucoup de peine à s'accommoder. Mais le parlement ne restera pas muet et passif ; il suffit de se remémorer les débats qui ont entouré la réforme de la loi sur les stupéfiants en 2003 pour s'en convaincre.

Ouvrons à présent cette fameuse loi sur les stupéfiants et voyons ce qu'elle prévoit : « Art. 1^{er}. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, réglementer et surveiller... ». D'entrée de jeu, la loi délègue au gouvernement son pouvoir de réglementer les drogues. Plus encore, c'est un pouvoir d'incrimination qu'elle transmet, dès lors qu'elle stipule, dans son article 2bis, que les violations de la réglementation gouvernementale à venir seront sanctionnées par des peines qu'elle fixe globalement. Nous sommes donc en présence d'une « loi pénale en blanc », c'est-à-dire d'une loi «

⁷⁶ Pour la référence, voyez la note 3.

⁷⁷ Commentaires sous la loi du 24 févr. 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, in *Pasin.*, 1921, p. 7.

⁷⁸ Voyez pour le Canada, L. BEAUCHESNE, *La légalisation des drogues... Pour mieux prévenir*, Québec, Éd. Georg et Méridien, 1991, p. 131 ; pour la France, F. CABALLERO et Y. BISIQU, *supra* note 40, p. 550.

⁷⁹ Art. 167 Const.

⁸⁰ J. VERHOEVEN, *supra* note 70, p. 462.

qui se borne à fixer une sanction et confie le soin d'établir la ou les incriminations correspondantes à une autre autorité »⁸¹. Certes, l'article premier énonce une série de comportements pouvant être réglementés par le gouvernement mais, loin de préciser les éléments essentiels de l'incrimination⁸², cette longue énumération a pour but d'étendre le plus possible les pouvoirs délégués. Ce sont les articles 11 et suivants de l'arrêté royal de 1930⁸³ qui incriminent formellement les différents usages de stupéfiants, car ils contiennent la réglementation qui n'existait jusqu'alors que potentiellement (« le Roi *peut* »). Nous pensons donc que ces articles devraient toujours apparaître, en tant que base « légale », dans la motivation des décisions prises en la matière.

Poursuivant notre lecture de la loi, nous remarquons en outre que l'habilitation donnée au gouvernement n'est pas limitée aux seuls stupéfiants mais s'étend aussi aux « substances psychotropes susceptibles d'engendrer une dépendance » ainsi qu'« aux substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéifiantes et psychotropes »⁸⁴. Notons ensuite qu'il n'existe aucune définition légale de la notion de « stupéfiant », ni même de critère en précisant quelque peu les contours⁸⁵. La loi se contente de charger le Roi

⁸¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, 4^e éd., Paris, Cujas, 1981, p. 251 ; voyez également M. van de KERCHOVE, « La rédaction des normes pénales : unité ou fragmentation ? », in *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand*, Bâle-Genève-Munich, Hebling et Lichtenhahn, 2001, pp. 153 et s. ; Y. CARTUYVELS, « Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain », in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 57.

⁸² *Contra* : C.A., 18 nov. 1998, p. 10 (<http://www.arbitrage.be>) ou les extraits publiés in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 810-811 (arrêt daté par erreur du 30 janv. 1999).

⁸³ A.R. du 31 décembre 1930 concernant le trafic des substances soporifiques et stupéifiantes, in *M.B.*, 10 janv. 1931, pp. 104 et s, modifié par l'A.R. du 16 mai 2003, in *M.B.*, 2 juin.

⁸⁴ Art. 1^{er}, al. 2 et 3, de la loi sur les stupéfiants.

⁸⁵ *Contra* : C.A., 18 nov. 1998, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 810 : la cour affirme que la politique à mener porte exclusivement sur des « substances susceptibles d'engendrer une dépendance » alors qu'une lecture attentive de la loi montre que cette condition ne vise que les « substances psychotropes » autres que stupéifiantes (art. 1^{er}, al. 2 et art. 2bis) et, surtout, qu'elle ne saurait être appliquée aux précurseurs, pourtant compris dans l'habilitation.

d'établir une liste desdites substances⁸⁶. Or, cette notion revêt une importance considérable puisqu'elle indique quelle substance est illicite, qualité qui a pour effet de mettre le produit « hors commerce » et, plus généralement, « hors société ». Enfin, depuis 2003, la loi sur les stupéfiants habilite le gouvernement à établir des distinctions parmi les substances – en vue d'un adoucissement des peines pour les « simples » consommateurs de cannabis – ce qui lui permet d'intervenir également au niveau de la fixation des peines⁸⁷.

La délégation des pouvoirs législatifs au gouvernement atteint sans doute son paroxysme à l'article 10 de la loi sur les stupéfiants qui autorise le gouvernement à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution des traités concernant les stupéfiants et des actes internationaux pris en vertu de ceux-ci, y compris des mesures abrogeant, complétant ou modifiant la loi sur les stupéfiants. L'article l'habilite aussi à déterminer les infractions et les peines applicables – sans dépasser cinq ans d'emprisonnement et 10 000 euros d'amende (sans les décimes additionnels) – en cas de transgression de ces dispositions. Il ajoute néanmoins que ces arrêtés royaux sont abrogés de plein droit s'ils n'ont pas été ratifiés par le parlement dans les deux années suivant celle de leur publication. C'est donc une véritable délégation de pouvoirs spéciaux qui est effectuée dans cet article et un véritable abandon – limité dans le temps, il est vrai – de prérogatives de la part du législateur, qui autorise expressément le pouvoir exécutif à modifier la loi par laquelle il tire son pouvoir de légiférer.

Souvent qualifiée de « loi-cadre »⁸⁸, la loi sur les stupéfiants nous apparaît, après lecture, principalement « délégatrice ». Sans doute, le juriste empreint du paradigme pyramidal verra dans chacune de ces délégations autant de contradictions flagrantes avec le principe de légalité et les considérera comme des aberrations ou des irrégularités qu'il importe de faire disparaître du droit. Cependant, apparemment plus pragmatique, la Cour d'arbitrage n'y voit qu'un assouplissement nécessaire afin d'éviter une surcharge de la machine parlementaire, rappelant ainsi que la légalité doit être entendue

⁸⁶ Art. 2bis de la loi sur les stupéfiants ; pour la liste, voyez l'art. 1^{er} de l'A.R. du 31 décembre 1930.

⁸⁷ Voyez les nouveaux articles 2 bis et 2ter de la loi sur les stupéfiants et notre commentaire ci-après.

⁸⁸ F. MERCENIER, citée et reprise par D. KAMINSKI, *supra* note 26, p. 782.

raisonnablement⁸⁹. D'un point de vue plus théorique, nous pensons que ces délégations sont des exemples caractéristiques de ce que l'on nomme, dans le jargon des théoriciens du droit, une « boucle étrange », ce terme servant à désigner « un exemple de “hiérarchies enchevêtrées” dans lequel l'organe “inférieur” (inférieur selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe “supérieur” qui, en principe, devrait pourtant déterminer sa propre action »⁹⁰. En effet, nous venons de voir que le gouvernement (organe inférieur) détermine l'étendue de la loi (norme adoptée par l'organe supérieur) qui l'habilite à réglementer la matière des stupéfiants, soit directement sur la base de l'article 10 de la loi sur les stupéfiants, soit indirectement en insérant une nouvelle substance dans la liste des stupéfiants. Dans ce dernier cas, les hiérarchies paraissent encore plus mêlées, enchevêtrées, eu égard au mécanisme complexe qui conduit à l'inscription d'une substance sur la liste internationale des drogues illicites⁹¹.

Cette méthode de formation du droit des stupéfiants ne doit pas nous surprendre, elle s'explique par le souci qu'ont nos gouvernants d'adapter au plus vite la loi à l'apparition de nouvelles drogues, à l'adoption d'un nouveau traité international, etc. Le gouvernement n'est-il pas mieux à même de « gérer » le problème en temps utile ? L'efficacité de la lutte contre les drogues semble justifier quelques écarts aux « vieux » principes. Mais cela ne s'arrête pas là... La mise en œuvre concrète de la loi sur les stupéfiants révèle d'autres

⁸⁹ C.A., 18 nov. 1998, *supra* note 85, p. 810 : « en attribuant au pouvoir législatif la compétence de déterminer, notamment, les cas de poursuites, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera pénalement punissable qu'en vertu (la Constitution emploie pourtant le terme « par ») d'une décision prise par une assemblée délibérante démocratiquement élue. L'article 12, alinéa 2, de la Constitution ne va toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite. Une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur. » ; voyez aussi C.A., 28 mars 2002 (<http://www.arbitrage.be>) et M. NIHOUL, « À propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », in *J.T.*, 2004, pp. 2 et s.

⁹⁰ Notion de D. HOFSTADTER, reprise et définie par F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 14.

⁹¹ Voyez *supra* : « Droit international des stupéfiants ».

« boucles étranges », sous la forme d'inversion des rapports hiérarchiques traditionnels qui subordonnaient le juge – mais également les agents chargés de rechercher et de poursuivre les infractions – au prescrit de la loi. Dans bien des cas présentés ci-dessous, nous verrons que la proximité se substitue à la légalité, l'individualisation des mesures à l'égalité entre citoyens⁹².

Nous avons vu que, traditionnellement, le juge doit se contenter d'appliquer la loi en procédant à un « syllogisme judiciaire ». Or, cette technique implique que les termes de la loi soient suffisamment précis pour que le juge puisse mécaniquement produire sa conclusion. Cependant, durant tout un temps, une incertitude existait dans le droit belge des stupéfiants quant à la portée du mot « détention » qui constitue pourtant la base des poursuites à l'encontre des consommateurs de ces drogues illicites puisque « pour consommer, il faut bien détenir ». La version néerlandaise du texte de l'article 11 de l'arrêté royal du 30 décembre 1930 précisait en effet que seule la détention de stupéfiants *en vue de la vente* était prohibée. La jurisprudence ne semble pas avoir tenu compte de cette précision, mais nous pensons qu'à l'origine, l'« intention » du législateur avait été de n'incriminer que le trafic des stupéfiants à l'exclusion de la détention pour consommer, à tout le moins, lorsque la consommation ne se produisait pas en groupe⁹³. Les intitulés de la loi – « loi concernant le *trafic* de substances... » – et du chapitre de l'arrêté royal contenant les articles 11 et suivants qui établissent les incriminations en matière de stupéfiants – « commerce intérieur » – corroborent d'ailleurs cette thèse. Au moins jusqu'en 1987, année de l'alignement du texte néerlandais de l'article 11 sur la version française⁹⁴, les juges ont donc étendu la portée de la loi en incriminant, par leur interprétation extensive, des comportements qui n'étaient pas qualifiés d'infraction par la loi. Cet exemple d'extension de la loi pénale montre que les juges ne se limitent pas à appliquer « bêtement » la loi, mais participent également à son écriture. Cela d'autant plus que les

⁹² En ce sens, voyez D. KAMINSKI, « De l'amour du prochain et de son châtement », in A. Wyvekens et J. Farget, *La justice de proximité en Europe, pratiques et enjeux*, Ramonville Saint-Agne, Eres, coll. Trajets, 2001, p. 140.

⁹³ L'ancien article 3 de la loi sur les stupéfiants, abrogé par la loi du 3 mai 2003, incriminait spécifiquement la consommation de stupéfiants en groupe.

⁹⁴ Art. 1^{er} de l'A.R. du 20 février 1987.

termes usités sont imprécis, vagues ou obscurs⁹⁵. Avec l'introduction, en 2003, des notions floues d'« usage personnel », de « nuisances publiques » et d'« usage problématique » dans la loi sur les stupéfiants et son arrêté royal d'exécution, la créativité des juges pourrait sans doute encore nous surprendre⁹⁶...

Au niveau de la détermination de la peine, les juges disposent également d'un large pouvoir d'appréciation. On est bien loin du système rigide de peines fixes, proportionnées à l'acte seul, que contenait le Code pénal révolutionnaire de 1791⁹⁷ ! Avant 2003, la loi prévoyait globalement une fourchette de peines allant de 3 mois à 5 ans d'emprisonnement et/ou d'une peine d'amende de 1 000 à 100 000 euros (à augmenter des décimes additionnels) ; aucune distinction n'existait entre les différents types de drogue, ni même entre les différents types de comportements incriminés, le consommateur de drogue étant passible des mêmes peines que le vendeur. Cette imprécision de la loi entraînait de nombreuses disparités dans son application, source d'arbitraire et d'insécurité juridique⁹⁸. En effet, sans directive de la loi, les juges étaient incapables de réaliser un « syllogisme » et choisissaient la peine en suivant leur conscience propre. Depuis la réforme de 2003, le régime des peines a été quelque peu remodelé⁹⁹ : des peines plus douces sont prévues pour certains comportements (acquisition, détention, culture de plants, etc.) liés à l'usage personnel de cannabis, qui varient selon

⁹⁵ Prônant une écriture précise des lois pour contrer le pouvoir des juges, voyez l'avis du conseil d'État sur le projet de loi « instaurant la responsabilité pénale des personnes morales », 5 oct. 1998, in *Doc. parl.*, sénat, sess. ord. 1998-1999, n°1-1217/6, p. 120 et l'avis du conseil d'État sur le projet de loi relatif aux organisations criminelles, in *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. Ord. 1996-1997, n°954/1, p. 13.

⁹⁶ Dans un arrêt du 20 octobre 2004 (*M.B.*, 28 oct.), la cour d'arbitrage a annulé l'article 11 de la loi sur les stupéfiants qui définissait ces deux dernières notions, entre autres, en raison de l'insécurité juridique qu'engendraient l'ambiguïté et l'imprécision de ces définitions, de sorte qu'à présent, le juge bénéficie paradoxalement d'une marge de manœuvre encore plus large.

⁹⁷ À ce propos, voyez P. LASCOUMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

⁹⁸ C. GUILLAIN, « Le régime dérogatoire du traitement pénal des infractions à la législation des stupéfiants », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 100.

⁹⁹ Pour une explication de ce nouveau régime, voyez D. KAMINSKI, *supra* note 26, pp. 780 et s.

que ces comportements sont accompagnés ou non de nuisances publiques¹⁰⁰, tandis que, en ce qui concerne les autres infractions, les peines ont été aggravées en ce sens que le juge ne peut, en principe, plus choisir entre une peine d'emprisonnement et l'amende, ces peines étant devenues cumulatives¹⁰¹. Au-delà de ces modifications, le régime des peines reste le même et les juges conservent donc une bonne part de leur pouvoir. Cela d'autant plus qu'ils peuvent moduler les peines en admettant des circonstances atténuantes, en accordant le sursis ou la suspension avec ou sans probation, en commuant la peine en peine de travail, etc. Le législateur a d'ailleurs pris acte de ce pouvoir des juges et, sans le supprimer, il essaie de le contenir en imposant une obligation de motivation plus grande. Aussi, depuis 1987, le juge doit indiquer « d'une manière qui peut être succincte mais doit être précise les raisons du choix (qu'il) fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer. Il justifie en outre le degré de chacune des peines ou mesures prononcées »¹⁰². Précisons que, dans ce choix, le juge doit normalement tenir compte du principe de proportionnalité des peines – quoique ce principe n'ait pas reçu une consécration formelle en Belgique – afin d'assurer à son jugement une plus grande légitimité.

Le pouvoir laissé au juge est, certes, important et bouscule la hiérarchie traditionnelle des normes, la « pyramide » pénale. Que dire alors du pouvoir, aujourd'hui consacré à l'article 28^{quater} du code d'instruction criminelle, qu'a le Procureur du Roi de « juger de l'opportunité des poursuites » ? Déjà, cette prérogative lui permet d'écarter les poursuites qu'il estime irrecevables ou non fondées, comme le ferait un juge. Mais, surtout, elle autorise le Procureur du Roi à choisir discrétionnairement¹⁰³, sans l'ordre ou même contre

¹⁰⁰ Voyez l'article 2^{ter} de la loi sur les stupéfiants.

¹⁰¹ Discrètement, l'article 6 de la loi du 3 mai 2003 a supprimé les mots « ou l'une de ces peines seulement » de l'article 2^{bis} de la loi sur les stupéfiants.

¹⁰² Commentaire de l'article 195 C.i.cr. par H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, la Charte, 2001, p. 966 ; sur l'obligation de motivation du choix des peines, voyez également l'article 149 Const. ; Cass., 5 févr. 1991, in *Pas.*, 1991, I, p. 542.

¹⁰³ Tantôt le Procureur du Roi jugera les poursuites illégitimes (ex. l'absence de gravité des faits, le mobile honorable de l'auteur présumé de l'infraction, le bien-fondé de l'incrimination, etc.), tantôt il admettra que les mesures envisagées sont inefficaces, c'est-à-dire inaptes à permettre la réalisation des buts supposés de la loi (ex. refus d'emprisonner un toxicomane qui suit un traitement, qui est resocialisé,

l'ordre de ses supérieurs¹⁰⁴, de ne pas mettre en œuvre l'action publique « même s'il a la conviction qu'une infraction a été commise et qu'aucun obstacle légal n'empêche de la poursuivre »¹⁰⁵. La « boucle étrange » est ici flagrante tant le pouvoir concédé paraît exorbitant : l'organe inférieur (Procureur du Roi) peut, par un choix discrétionnaire, ôter à la norme supérieure (loi pénale) une partie plus ou moins grande de son effectivité. Et croyez-nous, il ne s'en prive pas ! À Bruxelles par exemple, seuls 17 % des dossiers relatifs aux stupéfiants empruntent la filière de jugement¹⁰⁶. Et si la proportion de dossiers traités par la filière « parquet » croît, c'est justement en raison d'une augmentation du nombre de classements sans suite, qui de 41 % en 1993 est passé à 73 % des dossiers y traités en 1998, et plus particulièrement en raison de l'augmentation des classements sans suite motivés par inopportunité des poursuites¹⁰⁷. Il est vrai qu'entre ces deux dates, le groupe de travail parlementaire¹⁰⁸, suivi de la circulaire « De Clerck »¹⁰⁹, avait décidé que la détention de cannabis pour consommation personnelle devait être assortie de la priorité la plus faible dans la politique des poursuites.

L'article 28^{quater} du code d'instruction criminelle précise que, lorsqu'il juge de l'opportunité des poursuites, le Procureur du Roi doit tenir compte des directives de politique criminelle adoptées par le ministre de la Justice après avoir reçu l'avis du collège des Procureurs généraux¹¹⁰. Cette précision tend à atténuer les disparités dans les pratiques qu'a produites la décentralisation, au niveau des arrondissements judiciaires, de la détermination de la politique des

qui a indemnisé l'éventuelle victime, etc.). Souvent, il tiendra également compte de l'efficiencia, de la rentabilité des poursuites, la surcharge de travail impliquant qu'un ordre de priorités entre les affaires soit établi afin d'éviter l'engorgement.

¹⁰⁴ H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *supra* note 102, p. 99.

¹⁰⁵ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 93.

¹⁰⁶ S. DELTENRE et C. GUILLAIN, « Du classement sans suite à la détention préventive : de la différenciation sociale appliquée par le système pénal aux usagers de drogues », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 179.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 180-181.

¹⁰⁸ M. MINNE et J. VANDEURZEN, « Rapport fait au nom du groupe de travail chargé d'étudier la problématique de la drogue », in *Doc. Parl.*, Ch. repr., session ord. 1996-1997, n° 1062/1-3.

¹⁰⁹ Directive commune du 17 avril 1998, *supra* note 19, p. 550.

¹¹⁰ Art. 143^{ter} C.i.cr. ; voyez également l'article 151 Const.

poursuites. Celles-ci se traduisaient, en matière de stupéfiants, par le fait que certains parquets décidaient de poursuivre systématiquement les consommateurs de drogues alors que d'autres classaient les mêmes dossiers sans suite¹¹¹, de sorte que l'égalité entre les citoyens semblait fortement compromise. Les ministres de la Justice successifs tentèrent d'harmoniser – ils projetaient même de réaliser l'« uniformité »¹¹² – la politique des poursuites au niveau national, en rédigeant des directives adressées à l'ensemble du ministère public¹¹³. Notons que ces directives étaient jusqu'en 1997 l'œuvre conjointe du ministre de la Justice et du Collège des Procureurs généraux, mais que la tendance est actuellement à une recentralisation des pouvoirs en matière de politique criminelle entre les seules mains du ministre de la Justice, ce qui réduit partiellement l'autonomie politique des Procureurs généraux – et donc la « boucle étrange » –, tout en réintroduisant la possibilité d'un contrôle parlementaire¹¹⁴.

En outre, il faut rappeler que le Procureur du Roi n'agit pas en « électron libre ». Il fait partie d'un ensemble plus vaste, le ministère public, dont certains affirment qu'il « constitue un corps hiérarchisé dont chaque membre exerce une autorité sur ceux qui sont placés au-dessous de lui et dont la direction est fortement organisée »¹¹⁵. Son supérieur hiérarchique direct, le Procureur général près de la cour d'appel, peut en effet surveiller l'exercice qu'il fait de l'action publique et se faire rendre des comptes¹¹⁶. Il dispose également d'un pouvoir disciplinaire qui lui permet de sanctionner les fautes qu'il commettrait¹¹⁷. Et puis, le Procureur général est lui-même placé sous l'autorité du ministre de la Justice¹¹⁸ qui, élevé au plus haut rang de la

¹¹¹ Note politique du gouvernement fédéral relative à la problématique de la drogue du 19 janvier 2001, p. 60.

¹¹² Directive ministérielle du 16 mai 2003, *supra* note 19, p. 31; directive commune du 17 avril 1998, *supra* note 19, p. 548.

¹¹³ *Ibidem* ; directive du 26 mai 1993 du collège des Procureurs généraux réuni sous la présidence du ministre de la Justice relative à la politique criminelle commune en matière de toxicomanie, in *J.D.J.*, n° 138, 1994, pp. 19 et s.

¹¹⁴ Voyez F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 96.

¹¹⁵ R. HAYOIT de TERMICOURT, cité par H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *supra* note 102, p. 99.

¹¹⁶ H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *ibidem*, p. 99.

¹¹⁷ Sur le pouvoir disciplinaire du Procureur général, voyez C.A., 18 nov. 1992, in *Rev. dr. pén.*, 1993, pp. 231 et s.

¹¹⁸ Art. 143, al. 2, C. jud.

hiérarchie, s'est vu reconnaître à l'article 414, alinéa 3, du code judiciaire un pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du ministère public en général. Ce dernier a, en outre, la possibilité d'ordonner que des poursuites soient engagées par le parquet (droit d'injonction positive), sans pouvoir pour autant lui interdire de poursuivre¹¹⁹.

Est-ce à dire que la « pyramide » demeure intacte ? Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, nous pensons que la ministre modifie, *de facto*, la loi lorsqu'elle impose aux parquets de donner la priorité la plus faible à la poursuite de certaines infractions¹²⁰. De plus, certains termes utilisés par la loi, tels que celui d'« usage personnel » ou de « quantité de cannabis », ne sont définis que dans la directive qui en fait une « interprétation très restrictive qui ne trouve pas d'appui dans la loi »¹²¹. Aussi, le ministère public se trouve dans une position inconfortable de « double contrainte »¹²², d'un côté, vis-à-vis des directives ainsi que de l'autorité disciplinaire et, de l'autre, vis-à-vis de la loi, dont les prescrits ne sont pas toujours conciliables. Ensuite, il faut remarquer que le collège des Procureurs généraux conserve un pouvoir dans l'élaboration de la politique criminelle, puisque l'article 143*bis* du code judiciaire l'habilite à décider « de toutes les mesures utiles en vue de la mise en œuvre cohérente et de la coordination de la politique criminelle déterminée par les directives visées à l'article 143*ter*, et dans le respect de leur finalité »¹²³. Or, de l'avis du Conseil d'État, « le législateur abdiquerait des compétences qui lui reviennent en chargeant le collège des Procureurs généraux d'édicter des mesures à caractère contraignant qui sont susceptibles d'influer sur la situation des tiers et d'opérer, à leur égard, comme de véritables règles de

¹¹⁹ Art. 151 Const. ; art. 274 C.i.cr. ; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *supra* note 102, p. 101.

¹²⁰ Directive commune de la Ministre de la Justice et du Collège des Procureurs généraux du 25 janvier 2005 relative à la constatation, l'enregistrement et la poursuite des infractions en matière de détention de cannabis, in *M.B.*, 31 janv., p. 2769.

¹²¹ Avis du 5 déc. 2003 du Conseil des Procureurs du Roi relatif à la directive ministérielle du 16 mai 2003.

¹²² F. CAUCHIE et M.-S. DEVRESSE, « La nouvelle réglementation belge pour le cannabis. Une politique claire obscur », in *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 1172.

¹²³ *Ibidem*.

droit »¹²⁴. Depuis le 1^{er} février 2005, la nouvelle directive permet même au Procureur du Roi d'édicter des directives provisoires et spécifiques à un événement bien précis, tel un festival de rock¹²⁵. Néanmoins, il est généralement admis que les directives ne lient que les membres du ministère public ou les forces de police, à l'exclusion du juge du fond et des particuliers. Il est donc très difficile de leur attribuer une place dans la hiérarchie des normes¹²⁶. Enfin, chaque membre du parquet conserve une grande part d'indépendance car il peut « exprimer à l'audience oralement son opinion en conscience même si elle est différente des actes écrits accomplis en conformité des ordres reçus », suivant l'adage : « La plume est servie mais la parole est libre »¹²⁷. De plus, la force contraignante des directives adoptées en matière de stupéfiants doit être relativisée, dès lors qu'elles prévoient que le parquet peut, en appliquant le principe d'opportunité, y déroger « à condition de bien motiver sa décision »¹²⁸.

Ensuite, la volonté du législateur de toujours rapprocher plus la justice du citoyen l'a conduit à donner beaucoup de pouvoir aux agents de police. Déjà, c'est l'investissement – la proactivité – plus ou moins grand des policiers qui détermine le nombre de dossiers « stupéfiants » car, en la matière, il y a très peu de plaintes. De plus, l'introduction, en 2003, d'un nouvel article 11 dans la loi sur les stupéfiants avait instauré une sorte de « classement sans suite aux mains des agents de police »¹²⁹ : l'agent qui constatait une détention de cannabis motivée par l'usage personnel et non problématique, non accompagnée de nuisances sociales et de circonstances aggravantes –

¹²⁴ Avis du Conseil d'État du 10 juill. 1996 (*Doc. parl.*, Sénat, 1996-1997, n° 1-447/1, p. 23), cité par F. CAUCHIE et M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, p. 1172.

¹²⁵ Directive du 25 janvier 2005, *supra* note 120.

¹²⁶ A. MASSET et C. DERENNE-JACOBS, « La loi du 4 mars 1997 instituant le collège des Procureurs généraux : une tradition consacrée ou bouleversée ? », in *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 860.

¹²⁷ H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *supra* note 102, p. 100.

¹²⁸ Directive ministérielle du 16 mai 2003, *supra* note 19, p. 31; directive commune du 17 avril 1998, *supra* note 19, p. 548.

¹²⁹ Exposé de M. VANDEURESEN, rapport fait au nom de la commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, in *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 1888/004, p. 178 ; voyez également, D. KAMINSKI, *supra* note 26, pp. 780 et s. et, déjà avant la réforme, D. KAMINSKI, « La directive du 17 avril 1998. La troisième voie... entre la loi et le débat », in *Les cahiers de Prospective Jeunesse*, 1998, vol. 3, n° 2, p. 3.

et d'autres conditions ajoutées par la directive du 16 mai 2003 – ne devait plus dresser de procès verbal¹³⁰. Il se contentait alors de procéder à un enregistrement policier qui, étant anonyme, ne pouvait servir de base à des poursuites ultérieures. Cependant, les termes utilisés pour circonscrire le champ d'application de cette dérogation recevaient des définitions à ce point vastes et imprécises qu'il devenait loisible à son interprète de leur donner à peu près le sens qu'il voulait. Dans son arrêt du 20 octobre 2004, la Cour d'arbitrage reprocha notamment à la loi sur les stupéfiants de ne pas fournir de critères objectifs aux agents de police pour déterminer s'ils devaient ou non dresser un procès verbal¹³¹. Selon la Cour, il eut fallu que la loi détermine clairement – ou impose de manière univoque au pouvoir exécutif d'effectuer pareille détermination – quelle quantité de cannabis doit être considérée comme relevant de l'usage personnel, pour être conforme au principe de légalité en matière pénale. La Cour releva également que la définition d'« usage problématique » était ambiguë et laissait un large pouvoir d'interprétation au verbalisant puisqu'elle exigeait de lui qu'il apprécie la situation psychologique, médicale et sociale du consommateur de cannabis. Depuis cet arrêt, le pouvoir des agents de police a été considérablement restreint, mais il demeure néanmoins fort important dans la pratique.

Enfin, l'élaboration de la politique préventive en matière de stupéfiants se réalise également avec la collaboration du niveau local, par l'intermédiaire des communes ou des villes, notamment par le biais des financements accordés par le ministère de l'Intérieur dans le cadre des contrats de sécurité¹³². Ces « contrats » ont pour objectif de faire assurer la sécurité des administrés par le niveau local au moyen d'un soutien aux associations sur le terrain et de la mise en place de programmes communaux de prévention, y compris policière.

b.3. Éclatement de la fonction d'édicter les lois en matière de stupéfiants

Le processus de fédéralisation de la Belgique, toujours à l'œuvre à l'heure actuelle, met en lumière le caractère hétérogène d'un peuple

¹³⁰ Sur cette disposition, voyez D. KAMINSKI, *supra* note 26, pp. 780 et s.

¹³¹ C.A., 20 octobre 2004, in *M.B.*, 28 oct. 2004.

¹³² Voyez ministère de l'Intérieur, « Question n° 259 du 21 novembre 2000 de M. Yves Leterme au ministre de l'Intérieur : Administrations locales – Possibilités de mise en œuvre d'une politique de prévention et d'aide en matière de drogue », in *J.D.J.*, n° 203, 2001, p. 43.

qui ne se satisfait plus de son statut de nation, une et indivisible. Aujourd'hui, le pouvoir législatif apparaît clairement démembré, et de nombreuses compétences en lien avec le droit des stupéfiants ne reviennent plus au pouvoir fédéral mais bien aux entités fédérées. C'est le cas notamment d'une part importante de la politique de la santé, de la protection de la jeunesse ou de l'aide sociale aux détenus en vue de leur réinsertion. Dan Kaminski ne comptait pas moins de dix-sept ministres compétents en 1995 pour la matière des stupéfiants¹³³. Ce morcellement du pouvoir d'édicter la norme en la matière explique qu'un accord de coopération ait été conclu entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions afin de « mettre leurs stratégies en concordance par la concertation, sur base d'un certain nombre d'objectifs explicites »¹³⁴. Le gouvernement fédéral a également créé une « cellule Drogue » composée de représentants de toutes les autorités compétentes (État fédéral, Communautés et Régions) dont la mission consiste à donner des avis aux autorités concernées et à la conférence interministérielle¹³⁵. Que ceux qui voudraient y voir l'avènement d'un droit négocié entre les différentes autorités politiques responsables ne se réjouissent pas trop vite. En effet, le « fédéral » se taille la part du lion dans la détermination de la politique en matière de stupéfiants : les objectifs de la « cellule Drogue » correspondent point par point à ceux de la note du gouvernement fédéral ; elle est d'ailleurs organisée au niveau fédéral sous la responsabilité du ministre de la Santé publique... On finirait même par croire que seul le droit de participer au financement de la cellule a été partagé avec les entités fédérées¹³⁶. En outre, il nous faut bien remarquer que la réforme de la loi sur les stupéfiants a été l'œuvre quasi-exclusive du pouvoir fédéral, alors que les objectifs qu'elle prétend poursuivre ressortissent principalement au domaine de la prévention sanitaire, c'est-à-dire à une matière attribuée aux Communautés, à l'exclusion du pouvoir fédéral¹³⁷. Cette

¹³³ D. KAMINSKI (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 19 (sommaire).

¹³⁴ Note politique du Gouvernement fédéral relative à la problématique de la drogue du 19 janvier 2001, pp. 32-33 ; accord de coopération entre l'État, les Communautés, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française et les Régions du 2 sept. 2002 pour une politique de drogues globale et intégrée, in *M.B.*, 2 juin 2003.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Art. 5, § 1^{er}, I, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

prédominance du pouvoir fédéral conduit à un surinvestissement de la gestion pénale et sécuritaire du problème des drogues, au détriment de l'approche développée par le secteur psycho-médico-social qui relève, en principe, de la compétence des entités fédérées¹³⁸. De manière plus générale, nous pouvons craindre que le rapprochement de ces deux secteurs par l'entremise, par exemple, des maisons de justice¹³⁹, des contrats de sécurité¹⁴⁰ et, de manière plus spécifique au droit des stupéfiants, des « *case managers* »¹⁴¹ permette un contrôle accru de l'État fédéral sur ces services communautaires ou régionaux¹⁴². Or, selon certains auteurs, l'approche « globale et intégrée » menée actuellement par le gouvernement correspondrait plus à « une fusion ambiguë où s'amalgament dangereusement de la répression, du soin et de l'insertion » qu'à « une articulation dialectique d'identités professionnelles distinctes »¹⁴³.

Et puis, il faut relever que le fédéralisme « à la Belge » revêt des particularités qui perturbent encore un peu plus l'image homogène et simple – pour ne pas dire « simpliste » – du droit que nous distillait le paradigme pyramidal. D'une part, les entités fédérées ont reçu le « *treaty making power* » pour les matières qui relèvent de leurs compétences¹⁴⁴, ce qui signifie qu'elles ont le pouvoir d'engager l'État belge sur la scène internationale. Or, dans une matière aussi « mixte »

¹³⁸ À ce sujet, J.-F. CAUCHIE, « L'usage politico-pénal des drogues et ses conséquences sur la recomposition du secteur de l'intervention médico-psycho-sociale en toxicomanie », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 70.

¹³⁹ Voyez D. KAMINSKI, *supra* note 92, p. 134, note 9.

¹⁴⁰ Pour un constat officiel du risque de confusion des rôles d'assistance et de répression dans la mise en œuvre des contrats de sécurité, voyez la note politique du Gouvernement fédéral relative à la problématique de la drogue du 19 janvier 2001, p. 36.

¹⁴¹ Constituant l'interface entre le parquet et les services d'assistance, la fonction de *case-manager* « justice » est définie à l'art. 40bis, 8°, de l'A.R. du 22 janv. 1998 réglementant certaines substances psychotropes, et relatif à la réduction des risques et à l'avis thérapeutique, modifié par l'A.R. du 16 mai 2003.

¹⁴² J.-F. CAUCHIE et M.-S. DEVRESSE, *supra* note 122, p. 1179.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 1180-1181 ; en ce sens, voyez D. KAMINSKI, « L'approche globale et intégrée : de l'usage politique des drogues », in Y. Cartuyvels et P. Mary (dir.), *L'État face à l'insécurité. Dérives politiques des années 90*, Bruxelles, Labor, 1999, p. 105 ; C. SCOHIER, *supra* note 20, p. 31 ; Y. CARTUYVELS, *supra* note 81, p. 61.

¹⁴⁴ Art. 167, § 3 Const.

que celle des stupéfiants, toutes les composantes de l'État fédéral doivent, en principe, participer à l'élaboration de la politique internationale, ce qui accroît sensiblement le risque de blocage politique, notamment lors de la négociation de nouveaux traités et, partant, complique les relations avec les États étrangers. D'autre part, le droit pénal perd de son homogénéité en Belgique – ce noyau dur de la souveraineté est lui aussi en voie de « démembrement »¹⁴⁵ – dès lors que les entités fédérées peuvent, par décret, dans les limites de leurs compétences et de leur territoire, incriminer des comportements ainsi qu'établir des peines. L'avis conforme du Conseil des ministres fédéraux est cependant requis pour « toute délibération au sein du gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre 1^{er} du Code pénal »¹⁴⁶ ce qui tend à maintenir une certaine unité nationale au droit pénal. Notons néanmoins que cette unité se forme au détriment de la légalité au sens strict, puisque le Conseil des ministres n'est pas un législateur. Certains auteurs se demandent, en outre, si l'attribution aux entités fédérées d'une compétence en matière pénale par l'article 11 de la loi spéciale respecte bien le prescrit des articles 12 et 14 de la Constitution qui en font une matière réservée à la « loi »¹⁴⁷.

c. De l'indisponibilité du droit pénal vers une justice « négociée » ou « consensuelle » ?

Dans la conception traditionnelle, le droit pénal constitue l'archétype d'une justice « imposée ». Protégeant les valeurs sociales les plus précieuses, il ne peut en principe faire l'objet de compromis. Aussi, l'action publique est dite indisponible et la peine « obligatoire » pour le juge qui en est saisi¹⁴⁸. Selon Beccaria, le droit de punir n'appartient pas à la victime mais aux lois et rien ne peut justifier qu'on s'abstienne de punir un délit, y compris le pardon de la victime¹⁴⁹. Il nous faut néanmoins remarquer qu'en matière de stupéfiants, il y a peu de victimes reconnues comme telles –

¹⁴⁵ Y. CARTUYVELS, *supra* note 10, p. 17.

¹⁴⁶ Art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

¹⁴⁷ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit Constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 205 et s.

¹⁴⁸ Sur le caractère obligatoire de la loi pénale, voyez F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, pp. 412 et s.

¹⁴⁹ C. BECCARIA cité par M. DELMAS-MARTY, *supra* note 5, p. 116.

fréquemment, les « victimes » sont elles-mêmes passibles de poursuites pour avoir détenu des drogues illicites – si bien que le procès se résume bien souvent en une confrontation de deux versions des faits : celle des services de police et celle du « dealer » et/ou du « toxicomane ». De plus, jugé pour son acte, le délinquant lui-même est considéré comme objet de la répression plutôt que véritable sujet dans le processus pénal. La décision pénale lui est imposée de manière unilatérale. Cela nous fait dire, avec Mireille Delmas-Marty, que « l'image traditionnelle du réseau pénal est devenue celle d'un réseau fermé, monopole de l'État, au point que les personnes impliquées dans l'affaire ont parfois du mal à reconnaître leur propre histoire dans la reconstruction juridique à laquelle tend le procès »¹⁵⁰.

Cependant, force est de constater que, même dans la forme classique du procès pénal, une place non négligeable est laissée à la participation active du prévenu. Objet des poursuites pénales, il nous apparaît comme un sujet « pas si passif que cela »¹⁵¹ de son procès. Par le biais des droits de la défense, il est mis en mesure d'exposer sa version des faits et de détruire celle présentée par le ministère public, étant entendu que le doute lui profitera le cas échéant. Il peut également faire état de sa personnalité afin de bénéficier d'une peine individualisée ou pour en être exempté. Pour ce faire, il peut interroger des témoins, bénéficier de l'assistance d'un avocat, demander que des actes d'instruction complémentaires soient effectués¹⁵², et il a accès à son dossier répressif¹⁵³. Enfin, il a en principe la possibilité d'interjeter appel de la décision rendue et de se pourvoir en cassation. D'autre part, il existe des formes de participation spécifiques au droit des stupéfiants. Nous ne citerons ici que le mécanisme prévu à l'article 6 de la loi sur les stupéfiants qui encourage l'auteur présumé d'une infraction à la loi précitée à dénoncer ses complices, voire même n'importe quel infracteur ou

¹⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, *ibidem*, p. 111.

¹⁵¹ H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH utilisent le terme « sujet passif » pour désigner les « personnes à charge de qui la poursuite est dirigée » (*supra* note 102, p. 106).

¹⁵² Art. 61 *quinquies*, § 1, C.i.cr.

¹⁵³ Pour l'inculpé non détenu, lors de l'instruction, voyez l'article 61*ter* C.i.cr. ; à compter de la citation devant la juridiction de fond, voyez H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *supra* note 102, p. 908.

élément non encore connu des services de police¹⁵⁴, en faisant de la délation une cause d'excuse atténuante, voire même, dans certains cas, absolutoire. Son objectif est l'instauration d'une politique répressive efficace contre le trafic de drogues, en utilisant ces révélations pour détruire les canaux de distribution¹⁵⁵. Aussi, par la dénonciation, le délinquant lui-même est « invité » à participer à la répression, à la lutte contre les stupéfiants.

Il existe également une tendance à donner des effets juridiques directs à certaines des manifestations expresses de la volonté du délinquant, lequel devient de ce fait un sujet actif dans le processus pénal¹⁵⁶. Avec l'apparition des termes de « transaction » ou de « médiation » dans le champ pénal, il serait en effet difficile de ne pas percevoir la volonté qui anime nos gouvernants de produire une justice pénale plus « consensuelle », voire « négociée ». Mais qu'en est-il réellement ? Au registre des mesures de justice « consensuelle », c'est-à-dire celles adoptées moyennant le consentement de son destinataire ou, dans sa forme négative, l'absence de refus de sa part¹⁵⁷, nous notons la transaction pénale¹⁵⁸, la fixation de conditions dans le cadre de la procédure de « médiation » pénale¹⁵⁹, la suspension¹⁶⁰ – mais pas le sursis en tant que tel¹⁶¹ –, l'imposition de conditions probatoires dans le cadre d'une suspension ou d'un sursis¹⁶², le prononcé d'une peine de travail¹⁶³ ainsi que la libération conditionnelle¹⁶⁴. Remarquons néanmoins que le consentement sera souvent plus formel que réel, le destinataire de la mesure ne pouvant contester la proposition qui lui est faite qu'à ses dépens. En cas de refus, il pourrait en effet être accusé de mauvaise volonté, de refus de

¹⁵⁴ Corr. Bruxelles, 16 avril 1996, in *Rev. dr. pén.*, 1997, pp. 235 et s.

¹⁵⁵ Anvers, 2 décembre 1977, in *Pas.*, 1978, II, p. 46.

¹⁵⁶ Voyez M. DELMAS-MARTY, *supra* note 5, pp. 120-124.

¹⁵⁷ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 107.

¹⁵⁸ Art. 216bis C.i.cr.

¹⁵⁹ Art. 216ter, § 2, C.i.cr. ; sur la partie visée de la mesure, voyez F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, p. 508.

¹⁶⁰ Cass., 31 mai 1995, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 196.

¹⁶¹ Si l'article 8 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation impose au juge qu'il recueille le consentement de l'intéressé avant de prononcer la suspension, il n'en va pas de même pour le sursis (voyez article 3).

¹⁶² F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, p. 479.

¹⁶³ Art. 37ter, § 3, C. pén.

¹⁶⁴ Art. 4, § 5, al. 4 de la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle.

se « réhabiliter », de rejet des normes, et subir des pertes de privilèges ou encourir – parfois poursuivre – une peine de prison « ferme »¹⁶⁵. Loin de garantir les droits de la personne qui l'exprime, ce consentement permet de justifier et légitimer l'intervention du système pénal autant que le contenu de la mesure prise à son encontre ; la responsabilité en cas d'échec lui sera en outre plus facilement imputée¹⁶⁶. De plus, pour ce qui est de la médiation et la transaction, le choix de proposer la mesure n'appartient qu'au ministère public. Enfin, si nous avons omis de mentionner la probation prétorienne dans la liste des mesures de justice « consensuelle », c'est parce que les personnes concernées ne sont généralement pas au courant de leur droit de refuser la mesure, n'étant pas encore accompagnées d'un avocat à ce stade de la procédure. En outre, cette procédure « a-légale »¹⁶⁷ n'offre aucune garantie à son destinataire car, contrairement à la transaction ou la médiation pénales qui éteignent l'action publique, la probation prétorienne n'est qu'un classement sans suite conditionnel et, partant, le magistrat du parquet reste libre de poursuivre tant que la prescription n'est pas acquise¹⁶⁸.

Que dire alors de la possibilité de négocier la mesure ? Pour pouvoir dire qu'il existe des mesures de justice « négociée » en droit des stupéfiants, il nous faudrait observer des techniques de fixation qui reconnaissent « aux particuliers un pouvoir de discussion dont l'exercice est susceptible, par le biais de concessions réciproques, d'affecter au moins partiellement le contenu d'un accord conclu entre eux »¹⁶⁹. Certains auteurs voient dans la médiation pénale la forme la plus accomplie de ce genre de justice. Mais il faut bien constater qu'en droit des stupéfiants, l'absence de victime connue rend cette mesure alternative quasiment impraticable. D'un autre côté, nous aurions pu croire que derrière les mots « transaction pénale » se cachait une mesure de justice « négociée », mais il n'en est rien.

¹⁶⁵ Voyez M. DELMAS-MARTY, *supra* note 5, p. 435.

¹⁶⁶ D. KAMINSKI, *supra* note 92, p. 136.

¹⁶⁷ D. KAMINSKI, *supra* note 26, p. 20 ; à propos de pratique de la probation prétorienne en droit des stupéfiants, voyez notamment M.-S. DEVRESSE, « Construire l'usager : un passage obligé de la gestion des drogues », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, p. 147, et C. SCOHIER, *supra* note 20, pp. 234-236.

¹⁶⁸ Au sujet de la précarité des droits dans la probation prétorienne, voyez D. KAMINSKI, *supra* note 134, p. 140.

¹⁶⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 107.

D'après Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove, les termes de la transaction ne sont pas fixés d'un commun accord : le ministère public arrête unilatéralement une proposition qu'il soumet au particulier et le consentement de ce dernier correspond plus à une acceptation pure et simple de la mesure proposée qu'au résultat d'une réelle négociation¹⁷⁰. Néanmoins, si le cadre légal entourant les mesures d'évitement de la peine au sens classique du terme n'est pas propice à la négociation, il serait faux de dire qu'aucune négociation n'a lieu dans la pratique. Par exemple, Alain Lallemand relate un cas où, « confrontés à une élève majeure qui avait de réelles difficultés à arrêter le cannabis, et avec l'accord du magistrat, les gendarmes avaient été jusqu'à négocier avec elle qu'elle s'abstienne la semaine – réservée aux études – et limite sa consommation au week-end »¹⁷¹. La justice pénale n'est donc pas toujours imposée de manière autoritaire et unilatérale à son destinataire.

d. Présomption d'infailibilité du législateur

Le refus des modernes de rendre le droit pénal négociable s'explique notamment par la représentation qu'ils avaient de la loi. Selon eux, le droit était l'incarnation même de la raison et donc il était nécessairement juste de s'y soumettre¹⁷². La loi moderne était perçue comme une œuvre systématique, générale, stable, claire et parcimonieuse¹⁷³, qualités qui restent d'ailleurs très souvent associées aux grandes codifications produites durant le XIX^e siècle. Par ailleurs, la légitimité de la loi ne pouvait pas être mise en doute dès lors qu'elle constituait l'expression de la volonté générale. Or, qui peut savoir mieux que l'ensemble des citoyens ce qu'exige le « bien commun » ? Pour ces raisons et pendant très longtemps, aucun contrôle des lois n'était prévu, ni même pensable. La raison juridique est, cependant, rentrée en crise¹⁷⁴ : le droit perd les qualités qui le caractérisaient jadis et devient plus complexe, instable, désordonné... « Le "postulat de rationalité du législateur" cède aujourd'hui la place à l'idée d'une

¹⁷⁰ F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, pp. 506-507.

¹⁷¹ A. LALLEMAND, « À Forest, "Vigile" réconcilie police et école », in *Le Soir*, 21 novembre 2000.

¹⁷² J. CHEVALLIER, *supra* note 10, p. 675 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 79.

¹⁷³ F. OST et M. van de KERCHOVE, *ibidem*, p. 79.

¹⁷⁴ J. CHEVALLIER, *supra* note 10, p. 668.

évaluation de plus en plus nécessaire et d'une censure toujours possible »¹⁷⁵.

d.1. Appréciation de la qualité de la loi sur les stupéfiants (légalité matérielle)

En principe, la loi pénale doit être accessible, claire, précise et prévisible¹⁷⁶ afin que le citoyen soit en mesure de savoir à chaque instant ce qui lui est interdit. Pour ce faire, il faut tout d'abord qu'il puisse accéder matériellement au contenu de la norme. Selon Beccaria, plus il y aura de gens qui auront les lois entre les mains, moins il se commettra de crimes¹⁷⁷. Garantissant l'authenticité des lois, tout en permettant de les diffuser largement¹⁷⁸, l'imprimerie a très vite été perçue comme un outil indispensable pour porter les lois à la connaissance de ses destinataires. C'est pourquoi, en Belgique, les lois et les arrêtés royaux ont été publiés, jusque fin 2002, dans un journal nommé le *Moniteur belge*. Aujourd'hui, cette diffusion ne se réalise plus que via internet, et donc les textes de la réforme de la loi sur les stupéfiants de 2003 n'ont pas connu de version officielle sous forme papier. Allons-nous nous en plaindre ? Non, car il y a longtemps que les gens n'apprenaient plus les lois par le moyen de cet amas de textes désordonné. Ce qui inquiète néanmoins, c'est que là où l'information sur le droit des stupéfiants passe – dans les productions des médias de masse : journaux « grand public », radio, télévision –, elle passe mal. La campagne d'information qui a suivi l'adoption, le 19 janvier 2001, de la note politique du gouvernement, dite note « Aelvoet », est souvent présentée comme l'exemple typique de la campagne de presse ratée, voire contreproductive¹⁷⁹. Alors que cette note ne modifiait en rien le régime de prohibition du cannabis, on pouvait lire en gros titre dans les journaux de l'époque : « La Belgique dit "oui" au cannabis »¹⁸⁰, « Le cannabis dépénalisé, un tabou à la trappe »¹⁸¹ ou

¹⁷⁵ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 87.

¹⁷⁶ Cour eur. D.H, arrêt *Cantoni v. France*, rendu le 15 novembre 1996 (<http://coe.int>).

¹⁷⁷ C. BECCARIA, *supra* note 6, p. 70.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 71.

¹⁷⁹ En ce sens, voyez A. BOUCHER, « Les annonces faites à Marie... Juana », in *J.D.J.*, n° 219, 2002, p. 3 ; F. CAUCHIE et M.-S. DEVRESSE, *supra* note 120, pp. 1181-1184 ; D. KAMINSKI, *supra* note 26, p. 781.

¹⁸⁰ *Ciné Revue*, 20 janv. 2001.

¹⁸¹ *Le Matin*, 19 janv. 2001.

encore « La détention de cannabis pour usage personnel est dépénalisée. Le pétard est libéré »¹⁸². L'ignorance du prescrit légal est telle qu'il y a lieu de se demander s'il possède encore une quelconque efficacité, ce d'autant plus qu'il paraîtrait que ceux qui le respectent, en ne détenant pas de cannabis, sont également ceux qui ignorent le plus l'illicéité de cette substance¹⁸³.

Même si le citoyen a accès à la loi sur les stupéfiants, encore faut-il qu'il s'y retrouve ! Que ceux qui imaginent encore le droit pénal tout entier contenu dans un code présentant de manière logique les incriminations et indiquant, dans une même phrase, la peine encourue en cas d'infraction se détrompent¹⁸⁴. La lecture de la loi sur les stupéfiants exige une sérieuse dose de patience car, pour découvrir la teneur de la norme y recelée, le lecteur devra fouiller simultanément dans la loi, l'arrêté royal et les directives ministérielles¹⁸⁵, en passant parfois par la jurisprudence¹⁸⁶. Procédant par délégations, la loi sur les stupéfiants se caractérise par une architecture fort complexe¹⁸⁷ ; elle contient toute forme de renvois (incrimination et pénalisation par référence, renvoi *in futurum* ou en cascade)¹⁸⁸, parfois mêlés dans une même disposition, ce qui ne facilite en rien sa compréhension. Que penser, par exemple, de l'article 28, § 2, de l'arrêté royal de 1930, cette disposition centrale de la réforme de 2003 qui précise les peines applicables aux détenteurs de cannabis pour usage personnel : « seront punies des peines prévues à l'article 2ter, 1° à 3°, de la loi visée au § 1er, les infractions de 1re catégorie, telles que définies à l'article 26bis, 2°, relatives au cannabis » et « seront punies des peines prévues à l'article 2ter, 4°, de la loi visée au § 1er, les infractions de 1^e catégorie, telles que définies

¹⁸² *Nouvelle Gazette*, 19 janv. 2001, p. 1.

¹⁸³ D. DUFRASNES, *Mémoire de D.E.S. en criminologie*, UCL, 2002, résultats présentés le 25 mars 2003 dans le cadre du cours de droit pénal spécial du professeur M.-L. Cesoni.

¹⁸⁴ Sur les différents procédés de rédaction des textes pénaux, voyez M. van de KERCHOVE, *supra* note 81, pp. 161 et s.

¹⁸⁵ C. GUILLAIN, « La politique du gouvernement arc-en-ciel en matière de drogues », in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2003, n. 1796, p. 31.

¹⁸⁶ Sur le pouvoir créateur du juge en droit des stupéfiants, voyez *supra* : « Dissolution de l'État par le bas : quand l'efficacité et la proximité détrônent le Léviathan ».

¹⁸⁷ D. KAMINSKI, *supra* note 26, p. 783.

¹⁸⁸ Voyez M. van de KERCHOVE, *supra* note 81, pp. 161 et s.

à l'article 26bis, 2°, relatives au cannabis et qui entraînent des nuisances publiques » ?

Enfin, le citoyen devra interpréter des mots aussi flous et ambigus que ceux de « quantité à des fins d'usage personnel », d'« usage problématique » ou de « nuisance publique ». Or, ni la loi, ni l'arrêté royal n'en précise actuellement le sens et la portée¹⁸⁹. Le risque de divergence entre les interprétations qui en seront données par les différents parquets et par les juges reste donc important. Et puis, fondamentalement, nous constatons qu'en ce qui concerne le cannabis, le droit belge ne décide plus, il ne dit plus clairement ce qui est « interdit » ou « permis » mais les deux en même temps. D'un côté, pour contenter les partisans de la répression effective, elle maintient l'interdiction des différents usages de cannabis qui restent donc formellement incriminés dans leur globalité¹⁹⁰. Mais, d'un autre côté, la directive ministérielle contraint les agents de police qui constatent – dans des conditions fort restrictives il est vrai – une infraction à cette norme, de ne plus dresser qu'un procès verbal simplifié auquel aucune suite ne devrait normalement être donnée, les substances stupéfiantes pouvant, dans ce cas, rester en possession de la personne interpellée¹⁹¹. Elle « dépénalise » donc *de facto* certains usages de cannabis. Que reste-t-il de la valeur symbolique de l'« interdit du cannabis », dès lors que le droit insinue qu'il ne s'applique plus pour lui-même mais bien lorsque l'infraction est accompagnée de « trouble à l'ordre public » ? N'est-ce pas cette nuisance, voire la déviance en général, qui est pénalisée sous prétexte de la détention de drogues¹⁹² ? Le droit cherche-t-il encore à énoncer une vérité pouvant servir de référent symbolique à tous et, par ce biais, à instituer la société, ou alors se contente-t-il de servir d'instrument

¹⁸⁹ Les termes d'« usage problématique » et de « nuisances publiques » étaient définis dans l'article 11 de la loi sur les stupéfiants, mais cette disposition a été annulée par la Cour d'arbitrage dans son arrêt du 20 octobre 2004 (*M.B.*, 28 oct. 2004).

¹⁹⁰ Directive ministérielle du 16 mai 2003, *supra* note 19, p. 31.

¹⁹¹ Directive ministérielle du 25 janvier 2005, *supra* note 120.

¹⁹² Répondant par l'affirmative à cette question, voyez D. KAMINSKI, « Les directives de politique criminelle en matière de stupéfiants », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, pp. 136-137.

dans la gestion policière, sécuritaire, d'une partie de la population dite « à risques »¹⁹³ ?

d.2. Mécanismes de contrôle du droit des stupéfiants par les juges

Constatant la faillibilité du législateur, la Belgique s'est dotée de divers mécanismes juridictionnels en vue de redresser la pyramide normative et lui rendre son éclat d'antan. La primauté des règles supra-législatives n'allait plus longtemps rester lettre morte. À présent censeur de la loi, le juge sanctionne les écarts du législateur et des autorités qui lui sont subordonnées, en rétablissant la hiérarchie des normes lorsque ces derniers l'ont bafouée. Cependant, si ces contrôles de validité de la loi au sens large paraissent à première vue consolider la « pyramide »¹⁹⁴, force est de constater, avec François Ost et Michel van de Kerchove, qu'ils accroissent également le pouvoir créateur des juges¹⁹⁵. En effet, la relative indétermination des normes exprimées dans les textes constitutionnels, internationaux ou légaux impose au juge, comme du reste à l'autorité chargée de les exécuter, d'en préciser le sens. Une nouvelle « boucle étrange » peut donc se former à ce niveau : l'organe subordonné hiérarchiquement (le juge), dont il était dit qu'il devait se contenter d'être la « bouche de la loi », se rend maître de la norme adoptée par un organe supérieur (loi, arrêté royal, règlement, etc.) qui devait normalement déterminer son action, en faisant primer sur elle son interprétation de la norme de rang supérieur (Constitution, traité international, loi, etc.). Plus « étrange » encore : le juge s'auto-attribue parfois des pouvoirs en l'absence de tout texte les lui conférant¹⁹⁶. Par exemple, la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur la légalité des délégations effectuées par la loi sur les stupéfiants dès

¹⁹³ Sur l'instrumentalisation de la loi sur les stupéfiants, voyez S. DE KETELE et D. KAMINSKI, « Prohibition des drogues : de quelques résistances au changement », in *Rev. dr. pén.crim.*, 2000, pp. 505 et s. ; V. FRANCIS, « La police et ses usages surprenants des drogues », et C. ADAM et F. BARTHOLEYS, « Le contrôle pénitentiaire des drogues, des usages et des usagers », in D. Kaminski (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12, pp. 159-173 et pp. 250-274.

¹⁹⁴ En ce sens, J. CHEVALLIER, *supra* note 10, p. 683.

¹⁹⁵ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, pp. 59 et s.

¹⁹⁶ *Ibidem* et, plus particulièrement à propos du contrôle étendu effectué par la Cour d'arbitrage, la note n° 68 en bas de la page 60.

1998¹⁹⁷, alors qu'à cette époque son contrôle de constitutionnalité devait se limiter au respect de l'égalité et de la non-discrimination ainsi que de la liberté de l'enseignement (articles 10, 11 et 24 de la Constitution). Notons aussi que ces contrôles sont régulièrement initiés par des particuliers – individus, associations ou autres¹⁹⁸ – ce qui nous incline à croire que le droit pénal n'est pas ou, à tout le moins, n'est plus cette œuvre exclusivement étatique que nous présentait le paradigme de la « pyramide », le débat sur la validité des normes s'ouvrant ici à des instances non étatiques. Nous présentons ci-dessous quelques exemples de contrôle de validité juridique susceptible d'affecter le dispositif normatif adopté en Belgique en matière de stupéfiants.

Le contrôle de validité du droit des stupéfiants peut porter, tout d'abord, sur la légalité formelle des normes qui le composent. Dans ce cas, le juge vérifie que la norme juridique soumise à évaluation a bien été adoptée par les autorités compétentes selon les formes et les procédures requises par des règles que nous qualifions de « métajuridiques ». En Belgique, le pouvoir d'effectuer pareil contrôle est réparti entre plusieurs autorités : en principe, les textes ayant force de loi (loi, décret et ordonnance) ne peuvent être invalidés que par la Cour d'arbitrage, tandis que le contrôle des normes à valeur réglementaire (arrêté royal, règlement) relève de la compétence du Conseil d'État ou, dans une certaine mesure, des cours et tribunaux (article 159 de la Constitution). Ce morcellement de compétences pose un réel problème lorsqu'il s'agit de contrôler la validité d'un ensemble normatif tel que celui mis en place en Belgique en matière de stupéfiants. En effet, comme les travaux parlementaires relatifs à la réforme de la loi sur les stupéfiants en 2003 n'ont eu de cesse de le

¹⁹⁷ C.A., 18 novembre 1998 *supra* note 82) : la cour justifie cette extension de compétence en précisant qu'elle effectue une lecture combinée des articles 10 et 11 avec les articles 12, al. 2 et 14 de la Constitution ; à ce sujet, voyez également M. NIHOUL, *supra* note 89, p. 4.

¹⁹⁸ Les recours devant la Cour d'arbitrage, ayant abouti à l'arrêt d'annulation de l'article 16 de la loi du 16 mai 2003, le 20 octobre 2004, ont été introduits, d'une part, par 5 associations (Ligue des droits de l'homme, Fedito bruxelloise et wallonne, Infor-drogue et Prospective Jeunesse) et, d'autre part, par une particulière, mère de huit enfants considérant que la disposition entreprise pouvait mettre en danger la santé mentale et physique des mineurs.

souligner¹⁹⁹, les lois, les arrêtés royaux et la directive forment un ensemble indissociable ; la plupart des dispositions contenues dans la loi sont incompréhensibles sans référence aux arrêtés royaux ou à la directive ministérielle, et inversement²⁰⁰. Or, la Cour d'arbitrage refuse de prendre en considération les « précisions » apportées dans les actes réglementaires, clamant que les limites de sa compétence l'empêchent de contrôler la validité des normes à valeur réglementaire, ce qui réduit fortement l'efficacité de son contrôle²⁰¹.

Ceci étant, nous pensons que la Cour d'arbitrage pourrait être amenée à se prononcer sur la validité de la répartition des compétences entre l'État fédéral, d'une part, et les Communautés et Régions, d'autre part, effectivement mise en œuvre en droit des stupéfiants²⁰². D'un autre côté, le Conseil d'État ou les juridictions judiciaires ont la possibilité de censurer les choix opérés par le Conseil des ministres dans les arrêtés royaux – mais pas dans les directives ministérielles car elles sont inopposables aux particuliers – s'ils les considèrent contraires aux normes hiérarchiquement supérieures, en ce compris la loi sur les stupéfiants de laquelle il tire sa compétence de réglementer la matière. Or, selon certains parlementaires, l'exposé des motifs de la réforme législative de 2003 ne correspondait pas à l'arrêté ni à la directive destinée à sa mise en œuvre, sur lesquels le parlement n'a aucune prise²⁰³...

Un contrôle global du complexe normatif belge en matière de stupéfiants pourrait sans doute être effectué par la Cour européenne

¹⁹⁹ Voyez, par exemple, *Doc. parl.*, Ch repr., sess. ord. 2002-2003, n° 1888/001 et 1889/001, p. 10.

²⁰⁰ C. GUILLAIN, *supra* note 185, p. 31.

²⁰¹ C.A., 18 novembre 1998, p. 11 (<http://www.arbitrage.be>) ; C.A. 20 octobre 2004, *supra* note 131) : le Conseil des ministres reprend cet argument en prétendant que le moyen utilisé par les policiers pour déterminer ce qu'est un « usage problématique », à savoir un test désigné à l'article 26bis, 5°, de l'A.R. du 16 mai 2003, ne peut faire l'objet d'un contrôle par la Cour d'arbitrage, dès lors que le contrôle du contenu dudit arrêté tombe en dehors du champ de sa compétence.

²⁰² Voyez *supra* : « Éclatement de la fonction d'édicter les lois en matière de stupéfiants ».

²⁰³ Exposé de M. PAQUE, rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, in *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 1888/004, p. 194.

des Droits de l'homme²⁰⁴. Sous l'intitulé « pas de peines sans loi », l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'homme consacre, en effet, le principe de légalité en matière pénale²⁰⁵. Cette Convention énonce, en outre, toute une série de droits – droit au respect de la vie privée et familiale, droit à la liberté et à la sûreté, etc. – qui ne peuvent faire l'objet de restriction par l'État que « par une loi »²⁰⁶. Cependant, à la recherche d'un compromis acceptable pour les pays de « *common law* », la Convention et la jurisprudence de la Cour marquent clairement leur préférence pour une définition non formelle du principe de légalité²⁰⁷, permettant d'inclure dans le concept de « loi », outre le droit écrit, la jurisprudence, la coutume et les principes généraux du droit²⁰⁸. En ce sens, ce contrôle apparaît moins strict que celui effectué sur base des articles 12 et 14 de la Constitution, la Cour n'invalidant pas automatiquement l'incrimination ou la peine qui n'a pas été adoptée par une assemblée parlementaire (loi au sens strict). Cependant, dans son contrôle, la Cour vérifie si les normes pénales

²⁰⁴ Cela nous paraît d'autant plus exact que, par le biais d'une lecture autonome de la qualification de « matière pénale », la Cour européenne des droits de l'homme étend son contrôle à des catégories de sanctions répressives ne relevant pas formellement du droit pénal, telles les sanctions administratives, disciplinaires ou les mesures d'éducation, dès lors qu'elles répondent à certains critères. Elle tient compte de la qualification relevant de la technique juridique interne mais aussi la nature de l'infraction ainsi que la sévérité et la nature de la sanction. Cette extension lui permettrait de contrôler la validité de certaines mesures contraignantes, appliquées aux usagers de drogues et qui ne sont pas formellement qualifiées de peine ; à ce sujet, voyez Cour eur. D.H., arrêt *Welch v. le Royaume-Uni*, rendu le 9 févr. 1995, (<http://coe.int>) ; Cour eur. D.H., arrêt *Lawless v. Irlande*, rendu le 1 juill. 1961 et Cour eur. D.H., arrêt *Engel et les autres v. Pays-Bas*, rendu le 8 juin 1976 et très bien commenté par M. DELMAS-MARTY, *supra* note 5, pp 32-43.

²⁰⁵ Voyez également l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²⁰⁶ Voyez, entre autres, les articles 5 et 8 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

²⁰⁷ L'art. 7 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que « nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international » ; Cour eur. D.H., arrêt *Malone v. le Royaume Uni*, rendu le 2 août 1984 et, pour un exemple relatif à un système de droit continental, voyez Cour eur. D.H., arrêt *Kruslin v. France*, rendu le 24 avril 1990 (<http://coe.int>) ; M. NIHOUL, *supra* note 89, p. 5 et la note 23.

²⁰⁸ C. LAZERGES, *supra* note 39, p. 331.

sont accessibles, claires, précises et prévisibles²⁰⁹, augmentant ainsi fortement les exigences relatives à la qualité du droit. Ce contrôle de qualité des normes pénales donne, selon nous, un très large pouvoir au juge auquel il revient à présent de revoir et sanctionner, le cas échéant, « les mauvaises copies » du législateur. Plus encore, le juge peut censurer les lois qui lui paraissent « incompatibles avec la prééminence du droit », ce qui introduit, dans une certaine mesure, un jugement de légitimité dans son examen de régularité juridique du droit discuté²¹⁰.

Les juridictions judiciaires et administratives belges peuvent également contrôler le droit des stupéfiants sur base de la Convention européenne des Droits de l'homme puisque cette Convention est directement applicable dans l'ordre interne et, partant, prime sur le droit interne²¹¹. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà été invitée à se prononcer sur la conformité de la prohibition des stupéfiants par rapport au droit au respect de la vie privée contenu dans l'article 8 de la Convention²¹². La Cour d'arbitrage, quant à elle, censure les violations des dispositions contenues dans la Convention uniquement lorsque celles-ci se combinent avec les normes constitutionnelles qu'il lui appartient de sauvegarder. Cependant, depuis 2003, les compétences de la Cour ont été fortement élargies de sorte qu'elle peut, depuis lors, censurer les lois sur base de l'ensemble du titre II de la Constitution, y compris les articles 12 et 14 qui énoncent le principe de légalité des incriminations et des peines²¹³. Dans son arrêt du 14 mai 2003²¹⁴, la Cour d'arbitrage fait sienne la conception de la légalité

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 339 ; Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni v. France*, rendu le 15 nov. 1996, arrêt *Malone v. le Royaume Uni*, rendu le 2 août 1984 et arrêt *Sunday Times v. le Royaume Uni*, rendu le 26 avril 1979, (<http://coe.int>).

²¹⁰ F. OST et M. van de KERCHOVE, *supra* note 1, p. 345.

²¹¹ Cass., 27 mai 1971, in *Pas.*, 1971, I, p. 886.

²¹² Cass., 7 février 1990 et Cass., 24 janvier 2001 (<http://www.juridat.be>) : les deux arrêts concluent en l'absence de violation de ce droit par une motivation qui nous paraît fort lacunaire ; notons, en outre, que la Cour d'arbitrage a également été invitée à se prononcer sur la conformité de l'article 11 de la loi sur les stupéfiants au droit au respect de la vie privée, mais a décliné l'invitation qui lui était faite, ce moyen « ne pouvant conduire à une annulation plus ample » (CA, 20 oct. 2004, *supra* note 131, A.6.1 et B.10).

²¹³ Loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janv. 1989 sur la Cour d'arbitrage, in *M.B.*, 11 avril.

²¹⁴ C.A., arrêt n°69/2003, 14 mai 2003, in *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1076 et s.

développée par la Cour européenne des Droits de l'homme²¹⁵. En effet, elle précise dans cet arrêt que le principe de légalité impose, non seulement que la norme pénale émane d'une assemblée délibérante, démocratiquement élue, mais également qu'elle soit « formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable »²¹⁶. C'est d'ailleurs sur cette base que la Cour d'arbitrage a récemment annulé l'article 11 de la loi sur les stupéfiants, considérant que plusieurs notions utilisées dans cette disposition étaient à ce point vagues et imprécises qu'il était impossible d'en déterminer la portée exacte et, par conséquent, qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences du principe de légalité en matière pénale²¹⁷.

Enfin, le juge répressif peut également procéder à une évaluation de la qualité de la loi pénale par le biais du concept prétorien d'« erreur invincible de droit ». En effet, cette cause de non-imputabilité permet au juge d'acquitter le prévenu, alors que tous les éléments matériels de l'infraction sont réunis et dûment prouvés, au motif que tout homme raisonnable et prudent eut commis pareille erreur sur l'existence ou la portée de l'incrimination²¹⁸. En d'autres termes, le juge répressif peut écarter, pour le cas d'espèce, la norme pénale dont la qualité est à ce point médiocre qu'elle induit ses destinataires dans l'erreur. Par exemple, il pourrait considérer que l'imprécision des termes légaux, la pratique généralisée des différents parquets de ne pas poursuivre l'infraction ou la diversité des décisions judiciaires relatives à l'interprétation de la disposition a empêché l'auteur d'un fait infractionnel d'être conscient de l'illicéité de son comportement²¹⁹. En ce qui concerne les stupéfiants, le Tribunal correctionnel de Namur avait acquitté un consommateur de cannabis, soutenant que la prévention reprochée au prévenu était « justifiée par l'erreur invincible qu'ont légitimement pu entraîner dans le chef du prévenu les propos régulièrement tenus (et largement diffusés) par de nombreux responsables du pouvoir exécutif, relativement à la

²¹⁵ M. NIHOUL, *supra* note 89, pp. 5-6.

²¹⁶ C.A., arrêt n°69/2003, 14 mai 2003, *supra* note 214, B.9.3. ; voyez également M. NIHOUL, *supra* note 89, pp. 2 et s.

²¹⁷ C.A., 20 oct. 2004, *supra* note 131, B.9.

²¹⁸ F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *supra* note 14, pp. 335-338.

²¹⁹ *Ibidem*.

détention et à la consommation personnelle de drogue dite douce »²²⁰. Néanmoins, fortement critiqué par la doctrine²²¹, ce jugement a été réformé par la cour d'appel de Liège²²².

e. Stabilité de la norme pénale

La société moderne s'instituait sur l'idée de progrès, de perfectibilité de l'homme. Diachronique, le droit était cet horizon, proclamé perpétuel, vers lequel la société tout entière devait tendre, produit d'une raison aussi universelle qu'immuable²²³. Le législateur en édictant une loi voulait faire histoire, construire dans la durée – la permanence des lois permettait à chacun d'en prendre effectivement connaissance²²⁴ – et il prenait le temps de la réflexion. Si ce dernier était seul habilité à édicter les lois pénales, sans doute était-ce principalement pour éviter que des mesures aussi contraignantes soient décidées en hâte, dans l'immédiateté, par le juge saisi d'un conflit. Résultat d'une longue procédure, la loi réglait, fixait une solution pour l'avenir, pour « tous, présents et à venir ». En droit pénal, ce temps est celui de l'incrimination primaire. Dans un deuxième temps, le juge procède à l'incrimination secondaire : se référant à la loi préétablie, il l'applique au cas présenté devant lui.

À première vue, nous aurions tendance à dire que le droit belge des stupéfiants est profondément instable. En effet, en la matière, tout est mis en œuvre pour permettre une révision et une adaptation rapide de la norme pénale au gré des résultats enregistrés et, plus

²²⁰ Corr. Namur (14^e ch.), 30 octobre 2003, in *Journal des Procès*, n° 470, 2003, p. 25 (jugement rendu par C. PANIER, président du Tribunal de première instance de Namur siégeant en tant que juge unique).

²²¹ Voyez H.-D. BOSLY, A. DE NAUW, P. MANDOUX, M. NIHOUL et D. VANDERMEERSCH, « Chronique semestrielle de jurisprudence », in *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 529 : « cette décision s'écarte de la jurisprudence traditionnelle en la matière. Des informations dans la presse (Cass., 17 juin 1974, in *Pas.*, 1974, I, 1057) ou des déclarations des membres du pouvoir exécutif ou législatif (Bruxelles, 22 avril 1994, in *J.L.M.B.*, 1995, 1448, note Balate ; Corr. Charleroi, 18 nov. 1980, in *J.T.*, 1981, 2600, note Falys) ont été jugés insuffisantes pour déduire l'erreur invincible ».

²²² Liège (4^e ch. corr.), 16 juin 2004, non publié.

²²³ Sur cette conception perpétuelle du droit, voyez F. OST, « Promesse : lier l'avenir », *supra* note 4, pp.157-249.

²²⁴ J. CHEVALLIER, *supra* note 10, pp. 665-666 ; sur le rapport qu'entretenaient les modernes entre la pédagogie et la loi, voyez F. OST, *ibidem*, pp. 225 et s.

généralement, des changements observés sur le terrain, tels que l'apparition de nouvelles drogues. D'un côté, un certain nombre d'initiatives ont été prises pour éclairer et évaluer les politiques sur ces évolutions : le service de politique criminelle, les observatoires européen et belge des drogues et des toxicomanies, le système d'alerte précoce, les évaluations prévues pour les initiatives socio-sanitaires, etc.²²⁵. D'un autre côté, nous avons vu que la création normative a été déplacée vers l'administration dont le temps d'action et de réaction est plus court. Aussi, la nouvelle directive va-t-elle jusqu'à permettre au Procureur du Roi de diffuser des directives provisoires et spécifiques à un événement précis, par exemple un festival de rock. Par une norme taillée sur mesure, l'adaptation se fera en fonction des circonstances propres à l'événement. L'utilisation d'arrêtés royaux, de directives ministérielles ou de notes gouvernementales rend le droit des stupéfiants extrêmement flexible, ces textes pouvant être modifiés en des temps records. Cependant, généralement adoptés dans l'urgence, ceux-ci sont souvent peu soignés d'un point de vue légistique et doivent être continuellement réadaptés : le droit des stupéfiants a connu une directive en 1993, remplacée en 1998 par une autre dont les termes et mécanismes seront peaufinés par la note « Aelvoet » de 2001, pour aboutir à la réforme de la loi sur les stupéfiants de 2003, partiellement annulée en 2004. Et les critiques ne cessent pas pour autant, que du contraire : une proposition de loi a déjà été déposée en vue de modifier la loi fraîchement réformée²²⁶ et une nouvelle directive tente tant bien que mal de colmater la brèche laissée par l'arrêt d'annulation rendu par la Cour d'arbitrage, en attendant une nouvelle réforme de la loi. Notons que les dispositions plus clémentes de la réforme pourraient ne pas s'appliquer aux faits constatés avant son entrée en vigueur et non encore jugés définitivement, contrairement au principe qui veut qu'en droit pénal, la loi la plus douce rétroagisse²²⁷. En effet, la Cour de cassation ne fait pas rétroagir la norme pénale plus douce lorsque la modification résulte de l'adoption, ultérieure à la commission de l'infraction, d'un arrêté royal

²²⁵ Voyez le volet évaluatif de la note politique du gouvernement fédéral relative à la problématique de la drogue du 19 janvier 2001, pp. 38-42 ; Y. CARTUYVELS, *supra* note 81, p. 59 ; sur la récurtivité du droit, voyez J. CHEVALLIER, *supra* note 10, pp. 680-681.

²²⁶ Proposition de loi du 3 mars 2004 complétant la loi du 24 février 1921, in *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2003-2004, n°3-538/1.

²²⁷ Cour eur. D.H., arrêt *G. v. France*, rendu le 27 sept. 1995, série A, n° 325-B.

et *a fortiori* d'une directive pris en exécution d'une loi inchangée alors même que ces faits ne constitueraient plus à la date du jugement, un fait punissable²²⁸. Enfin, l'accélération du droit des stupéfiants se traduit aussi par un déplacement du pouvoir de décision individuelle en amont de la procédure pénale classique : des juridictions du fond vers le parquet, du parquet vers l'acteur policier, voire parfois vers le délinquant lui-même²²⁹. La proximité spatiale se double ici d'une proximité temporelle, le risque étant de créer une justice *proximus* qui, refusant toute référence à la norme préétablie et donc le tiers qui fait loi, immédiate et fusionnelle, s'apparenterait à un pur rapport de force, une zone de non-droit²³⁰.

Néanmoins, si nous passons outre les discours politiques et les annonces faites dans la presse, nous remarquons que le droit belge des drogues est très loin d'avoir connu la révolution annoncée. Derrière une instabilité de façade se cache en réalité une surprenante stabilité : la prohibition des drogues résiste au changement²³¹. Constatons, tout d'abord, l'« effet cliquet » qu'engendre la fixation de cette prohibition dans des traités internationaux qui, pour être modifiés, nécessitent l'accord unanime de tous les États engagés. Or, la Convention unique de 1961 et la convention de Vienne de 1988 ont été ratifiées par près de 150 États²³²... Ensuite, il faut souligner que l'étendue de la réforme s'est réduite comme peau de chagrin : de l'instauration d'une politique concernant toutes les substances psychoactives, tant légales qu'illégales²³³, on aboutit à une réforme qui, à peu de choses près, se limite à la seule problématique de la détention de cannabis pour usage personnel²³⁴. Enfin, les termes de la loi restent tellement vagues qu'il y a gros à parier qu'elle n'affectera que très faiblement les habitudes policières et prétoriennes acquises depuis de longues années²³⁵. Or, l'interpellation des usagers de drogue leur permet, entre autres, d'obtenir des informations sur les trafics et

²²⁸ Cass., 21 février 1995, in *Pas.*, 1995, I, p. 199 et Cass., 27 mai 1992, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 877.

²²⁹ Y. CARTUYVELS, *supra* note 81, p. 63.

²³⁰ *Ibidem*, p. 66.

²³¹ Sur les raisons de cette résistances, voyez S. DE KETELE et D. KAMINSKI, *supra* note 193.

²³² F. CABALLERO et Y. BISIQU, *supra* note 40, pp. 43 et 49.

²³³ Voyez la note politique du 19 janvier 2001, *supra* note 62, p. 7.

²³⁴ Sur les changements apportés par la réforme, voyez D. KAMINSKI, *supra* note 26.

²³⁵ *Ibidem*, p. 797.

sert aussi d'instrument de contrôle d'une certaine marginalité²³⁶. Souvent associée à la délinquance, la toxicomanie offre à l'opinion publique des « coupables » pour les affaires de vol non élucidées, pour les nuisances sociales, etc.²³⁷. Cette fonction instrumentale de la loi sur les stupéfiants explique en grande partie le blocage qui affecte la régulation des drogues en Belgique comme ailleurs. Nous pouvons même affirmer que le temps bloqué et perpétuel de la prohibition sert paradoxalement le temps présent et fugace de la gestion quotidienne de l'ordre public, et court-circuite toute remise en cause profonde de la politique menée.

Épilogue

Sortant des décombres de la pyramide, nous ne savons plus trop quoi penser de la politique menée en Belgique en matière de stupéfiants. Les outils juridiques dont nous avons appris le maniement durant nos études de droit (syllogisme, Code pénal, hiérarchie des normes, etc.) ne servent qu'imparfaitement notre recherche de sens. Le droit des drogues nous apparaît trop complexe, trop instable, trop incertain pour que nous puissions, en travaillant la matière, effacer les impuretés, expliquer les imprécisions, gommer les anomalies et ainsi reconstruire la pyramide. Confronté à ce désordre, l'interprète trouvera certainement dans le schéma explicatif du « réseau » de quoi nourrir sa compréhension : les hiérarchies cèderont alors leur place au dialogue, la linéarité à la récursivité, l'unité et l'homogénéité au pluralisme assumé et à la tolérance... Mais sera-ce suffisant pour expliquer toute l'actualité juridique relative aux drogues : les « effets d'annonce » produits par les politiques et les médias sur le thème de la dépénalisation, l'indécision du droit pénal qui prohibe tout en recommandant aux parquets de ne pas poursuivre dans certains cas, l'existence d'un régime dérogatoire, moins « garantiste », réservé au traitement d'infractions dont la légitimité est pourtant de plus en plus mise en doute²³⁸, l'intimidation et l'autoritarisme qui conduisent à l'adoption des mesures de justice

²³⁶ S. DE KETELE et D. KAMINSKI, *supra* note 193, pp. 509-510 ; voyez aussi D. KAMINSKI (dir.), *L'usage pénal des drogues*, *supra* note 12.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Sur ce régime dérogatoire, voyez C. GUILLAIN, *supra* note 98, pp. 83-105.

« consensuelle » ou « négociée », les discriminations qui apparaissent sur le terrain, l'instrumentalisation de la loi ?

À l'issue de cet article, nous sommes conscients d'avoir plus démolé que reconstruit. Nous laissons derrière nous un chaos d'éléments empiriques, de remarques et de réflexions sans être parvenus à les modéliser. Pouvons-nous espérer d'une nouvelle loi qu'elle se réapproprie entièrement la matière et rétablisse ainsi la pyramide ? Nous en doutons. Mais nous restons convaincus que le droit des stupéfiants gagne à être étudié par les juristes, tant les mécanismes qu'il recèle sont révélateurs des mutations profondes que connaît actuellement notre système pénal.